

令和5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5年司法試験論文式試験問題出題の趣旨【民事系科目】〔第1問〕をいう。以下同じ。）のとおりである。

2 採点方針

採点は、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目標とした。

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

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

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。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、司法試験考査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の四つの区分に照らし、例えばどのような答案がそれぞれの区分に該当するかを示すこととする。ただし、ここで示された答案は上記の各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。

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

(1) 設問1について

ア 設問1(1)について

(ア) 全体的な採点実感

設問1(1)において論ずべき事項は、大別して、①Bの請求の根拠、②Dの無償での占有権原の成立、③その占有権原の消滅である。

①については、多くの答案が、BがAを共同相続し、甲建物を4分の1の持分で共有していることを指摘していた。もっとも、答案の中には、共同相続により遺産共有関係になる根拠規定である民法第898条を指摘していないもの、Bが甲建物を共有していることを指摘するにとどまり、その持分割合について指摘していないものが散見された。また、請求1及び2のいずれについても、その根拠を論じていないものが多く見られた。

②については、多くの答案が、配偶者短期居住権の成否が問題となることを把握していたが、成立要件の全てに該当することを的確に指摘していないものが相当数見られた。また、明らかに適用場面の異なる配偶者居住権（民法第1028条）について論ずるものが多く見られた。配偶者短期居住権ではなく、平成8年の判例法理に基づいて使用貸借の推認について論ずるものもあったが、配偶者短期居住権が新設された平成30年の民法改正後も同様に考えることができるかどうかについて意識して論じていた答案は、ほとんどなかった。

③については、Dによる無断改築・無断開業が用法遵守義務に違反し、配偶者短期居住権の消滅請求の対象となり得ることを論ずる答案は比較的少数にとどまり、漫然と、配偶者短期居住権が成立するからDは明渡しを拒むことができるとするものが多かった。また、消滅請求権の成立要件についての的確に指摘する答案は、少なかった。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、請求1及び請求2のいずれについてもBの共有持分割合が問題となることを指摘し、Bの請求の根拠につき、条文を摘示しながら的確に示した上で、配偶者短期居住権の成立及び消滅につき、条文を摘示しながら法律要件を適切に分析して、本問の事案に即して具体的に当てはめを行うものなどである。

良好に属する答案の例は、問題の所在を的確に把握し、必要な事項について相応の論述をしているが、請求の法的根拠に関する論述が十分でなかったり、個々の法律要件の分析が粗雑であったりするものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、Bの請求の根拠や配偶者短期居住権が問題となるという基本的な問題構造を把握し、必要な事項について一応の論述をしているが、配偶者短期居住権の消滅請求に関する検討が十分でないものなどである。

不良に属する答案の例は、配偶者短期居住権や使用貸借の推認に気付かず、配偶者居住権についてのみ論ずるものや、Dの共有持分権に基づく反論についてのみ論ずるものなどである。

イ 設問1(2)について

(ア) 全体的な採点実感

設問1(2)において論ずべき事項は、大別して、①Dの共有持分権に基づく使用権限、②BがDに明渡しを求める理由の有無、③Dが使用利益相当額の支払を拒むことができないことである。

①については、多くの答案が、DもAを共同相続し、甲建物を2分の1の持分で共有していることを指摘していたが、持分割合の摘示をしていないものもあった。

②については、問題の所在を適切に把握して、昭和41年の判例法理を踏まえて明渡しを求める理由の有無を論じた答案は比較的少数にとどまった。Dによる無断改築が共有物の変更に当たるとして、そのことのみを理由にBはDに対して明渡しを請求することができるものも散見されたが、無断改築への対応は本来原状回復請求によるべきであり、無断改築が明渡しを求める理由には必ずしもならないことに注意が必要である。

③については、多くの答案が、DがBに対する使用利益相当額の支払義務を負うことを指摘していたが、その理由を述べないものもあった。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、遺産共有についても民法の共有に関する規律が基本的に適用されることを指摘した上で、共有者間の誰が共有物を使用するかは共有物の管理に関する事項であり、持分の過半数を有する共有者の決定があれば共有物を使用する共有者に対して明渡しを求める理由があるといえるが、Dが2分の1の持分を有しているため、Bが過半数による決定を得ることはできず（民法第252条第1項後段）、Dは請求1を拒むことができる一方で、Dが自己の持分割合を超える使用利益相当額を取得することは正当化されないため、

請求2を拒むことができないといったことを、条文を的確に摘示しながら論ずるものなどである。

良好に属する答案の例は、問題の所在を的確に把握し、必要な事項について相応の論述をしているが、遺産共有と通常の共有との関係に触れなかったり、明渡しを求める理由の有無について、持分の過半数を有する共有者の決定があれば共有物を使用する共有者に対して明渡しを求める理由があるといえることは摘示できているものの、当てはめが不十分であったりするものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、請求1が共有者間の意思決定の問題であること、Dが請求2を拒むことはできないことという基本的な構造を理解して、必要な事項について一応の論述をしているが、無断改築が共有物の変更に当たることのみを理由に明渡しを拒むことができないとするなど、明渡しを求める理由の有無についての論述が十分ではないものなどである。

不良に属する答案の例は、請求1が共有者間の意思決定の問題であることを理解していないものや、Dが請求2を拒むことができるとするものなどである。

(2) 設問2について

ア 設問2(1)について

(ア) 全体的な採点実感

設問2(1)において論ずべき事項は、大別して、①**解除の根拠**と受領義務の成否、②本問の事情の下での解除の要件の当てはめである。

①については、多くの答案が、債権者が一般的に受領義務を負うものではないとしつつ、契約の個別事情により、信義則に基づいて受領義務を負うことがあり、本問の具体的事情の下では、Fは本件コイの受領義務を負うとしていたが、受領義務の成否と受領遅滞の成否とを混同して論述を進めるものも相当数あった。また、本問の事情の下では、Fが受領義務を負わないとする結論は明らかに不当であるが、権利行使は権利者の自由であることを過度に重視して、受領義務を認めず、解除の成否に立ち入らないものもあった。

②については、ほとんどの答案が、Fに受領義務の不履行があることを指摘していた一方で、Eが履行の提供をしたことによりFに受領義務の履行遅滞が成立することや、受領義務違反が軽微であるかどうか(民法第541条ただし書)について指摘するものは、比較的少数にとどまった。また、Eのした解除の意思表示は、催告と同時に、催告期間内に履行がないことを停止条件としてされたものであるが、この点を指摘する答案は、少なかった。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、**債権者が一般的に受領義務を負うかどうかについて、学説の対立があることを念頭に置きつつ、理由を示して自説を明らかにした上で、解除の成否につき、法律要件を適切に分析して、**本問に顕れた事情を具体的に当てはめているものなどである。

良好に属する答案の例は、問題の所在を的確に把握し、必要な事項について相応の論述をしているが、受領義務の成立についての論述や解除の要件の分析に粗雑なところがあるものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、受領義務の成否と解除の要件の当てはめという基本的な問題構造を把握し、必要な事項について一応の論述をしているが、解除の要件の分析が十分でないものなどである。

不良に属する答案の例は、受領義務と受領遅滞とを混同しているものや、Fの受領義務を全く認めず、解除の成否に立ち入らないものなどである。

イ 設問2(2)について

(ア) 全体的な採点実感

設問(2)において論ずべき事項は、大別して、①**Eの損害賠償請求の根拠**、②本件コイの代

金相当額についての損害賠償請求の当否、③釣堀の営業利益についての損害賠償請求の当否、④損益相殺である。

①については、多くの答案が受領義務の債務不履行に基づく損害賠償請求であることを指摘していたが、解除による債務の履行に代わる損害賠償請求であることを指摘するものは少数にとどまった。

②については、解除によってEの受領義務又は代金債権が消滅し、それに代わって代金相当額の損害賠償請求が認められるという構造を理解して論ずる答案はほとんどなく、本件コイの市場価値の喪失によって損害が生じたとして、損害額を60万円から80万円までの間で認定するものが相当数あった。

しかし、Eは、解除により本件コイの引渡債務を免れているのであるから、Fの債務不履行によってEが本件コイの市場価値を喪失したという事実はなく、②における損害額を60万円から80万円までの間で認定することが不合理であることは明らかである。

これに対し、代金相当額100万円と本件コイの市場価格の差額を損害として検討する答案は、②につき代金相当額の賠償を認めた上で④で本件コイの市場価格を控除するという手順を踏んでいないものの、相対的に高く評価された。

③については、多くの答案が、釣堀の営業利益についての損害賠償は民法第416条第2項の問題であることを指摘していたが、同項の解釈を適切に論ずるものは少数にとどまった。

④については、損益相殺が問題となることを論ずる答案は、わずかであった。

(イ) 答案の例

優秀に属する答案の例は、Eの損害賠償請求の根拠を明確に述べた上で、本件コイの代金相当額の損害賠償請求につき、問題の基本構造を正しく理解し、損益相殺又はこれに類する損害の解釈を指摘して適切な結論を示すとともに、釣堀の営業利益の損害賠償請求につき、民法第416条第2項の解釈に関する自説を理由を示して述べ、本問に顕れた事柄を具体的に当てはめて適切な結論を示すものなどである。

良好に属する答案の例は、問題の所在を的確に把握し、必要な事項について相応の論述をしているが、Eの請求が解除による履行に代わる損害賠償請求であることや、釣堀の営業利益に関する民法第416条第2項の解釈についての論述に粗雑なところがあるものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、本問において論ずべき事項の基本的な問題構造を把握し、必要な事項について一応の論述をしているが、民法第416条第2項の解釈を明確に論じないものや、損益相殺又はこれに類する損害の解釈についての論述が十分でないものなどである。

不良に属する答案の例は、本件コイの市場価値の喪失によって損害が生じたとして、その損害額を60万円から80万円までの間で認定するものや、民法第416条第2項の解釈を全く示さず、釣堀の営業利益の損害賠償請求の当否についての結論のみを示すものなどである。

(3) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3において論ずべき事項は、大別して、①抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の可否、②抵当権に基づく転貸賃料債権に対する物上代位の可否、③抵当権の被担保債権についての不履行前に生じた賃料債権に対する物上代位の可否である。

①については、多くの答案が、根拠となる条文を摘示した上で、抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位は可能という結論を示していたが、抵当権の効力が賃料債権に及ぶ理由について言及するものは少数にとどまった。また、抵当権に基づく物上代位権を行使するための要件である、抵当権の被担保債権について不履行があることを指摘するものも、少なかった。他方

で、民法第371条と同法第372条において準用する同法第304条第1項との関係をどのように理解すべきかを論じないまま、漫然と両方の規定を引用して物上代位を論ずるものが少なくなかった。

②については、多くの答案が、転貸賃料債権に対する物上代位は原則として否定されることを指摘していたが、平成12年の判例法理や、平成15年改正後の民法第371条の規律を踏まえた自説との整合性を意識的に論ずるものは少なかった。転貸賃料債権に対する物上代位が例外的に肯定される要件と、本問に顕れた事情の当てはめについては、多くの答案が論じ、Hは転貸賃料債権に対する物上代位をすることができるとの結論を導いていた。

③については、多くの答案が意識的に論じていたが、民法第371条の文言との関係で問題となることを指摘するものや、学説における議論を踏まえた論述をするものは、少数にとどまった。また、①で示された賃料債権に対する物上代位権行使が認められる論拠と首尾一貫しない論述をするものや、不履行前に生じた賃料債権に対する物上代位を認めながら、不履行後に生じた賃料債権に対する物上代位を認めないとするものなど、問題の所在を理解していない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は、抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位が可能であることにつき理由を示して自説を明らかにした上で、転貸賃料債権に対する物上代位の可否につき、平成12年の判例法理を踏まえ、例外的に認められるための定式を示して、本問に顕れた事情に即して丁寧に当てはめを行い、不履行前に生じた賃料債権に対する物上代位につき、民法第371条の文言との関係で問題となることを明示して、賃料債権に対する物上代位に関する自説と整合する論拠をもって適切な結論を示すものなどである。

良好に属する答案の例は、問題の所在を的確に把握し、必要な事項について相応の論述をしているが、転貸賃料債権に対する物上代位の可否についての定式への当てはめや、不履行前に生じた賃料債権に対する物上代位の可否についての論述に粗雑なところがあるものなどである。

一応の水準に属する答案の例は、本問において論ずべき事項の基本的な問題構造を把握し、必要な事項について一応の論述をしているが、抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位の可否に関して規定を適切に引用することができていないものや、平成12年の判例法理についての理解が十分でないものなどである。

不良に属する答案の例は、抵当権に基づく転貸賃料債権に対する物上代位について、本問に顕れた事情を考慮しないままこれを否定するものや、不履行前に生じた賃料債権に対する物上代位を認めながら、不履行後に生じた賃料債権に対する物上代位を認めないとするものなどである。

4 法科大学院における今後の学習において望まれる事項

本年の問題も、例年と同様に、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であった。どのような法規範（判例により形成される法規範を含む。）の適用を問題とすべきかという課題の把握は比較的容易であり、条文や判例に関する基本的な知識を踏まえ、問題文を注意深く読んだ上で、【事実】に顕れた事情を分析して設問の趣旨を適切に捉え、筋道を立てて論述を展開すれば、相当程度水準の解答ができるものと考えられる。しかし、実際には、分析の精度や深度、展開の論理性などにより、評価に大きく差が付いた。

限られた時間内で答案を作成するためには、個々の制度についての基本的知識を基礎とした制度相互間の体系的理解と、短時間で自己の見解を適切に文章化する実践的な論理展開能力を身に付けることが重要であり、引き続き、こうした理解や能力の涵養に努めていただきたい。

その上で、本年の答案を見て特に感じられたことについて、幾つか指摘しておきたい。

第1に、特定の法律効果の発生の有無を検討することが求められているのに、その法律要件が全て満たされているかどうかを検討せず、自己が主要な論点と考える部分のみを論ずるものが散見されたことである。例えば、設問1(1)の配偶者短期居住権の成立要件の該当性や、設問2(1)の受領義務の不履行による解除の要件の該当性を確認することなく、法律効果の発生を認めるものが相当数あった。法律効果を発生させるためには法律要件が満たされていなければならないという当然の基本的原則を踏まえ、丁寧に論述することを心掛ける必要がある。

第2に、個別の設問に関しても指摘したが、結論の妥当性に留意しないものが散見されたことである。例えば、前記のとおり、設問2(2)の本件コイの代金相当額の損害に関し、本件コイの市場価値の喪失によって損害が生じたとして、損害額を60万円から80万円までの間で認定するものが相当数あった。しかし、Eは、解除により本件コイの引渡債務を免れているのであり、このような額が損害額となるとはおよそ考えられない。実務においては、損害がどのように認定されるかが極めて重要である事案も多いところであり、結論の妥当性を意識して法的分析を行う必要がある。

第3に、法解釈の基本である、特定の規定の特定の文言についての解釈が問題であることを意識しないで論述を行うものが散見されたことである。条文を適切に摘示引用し、その文言の解釈を行うおうとする答えは、自ずから説得的な論述となり、法律要件の検討の漏れもなくなる傾向にある。あまりにも当然のことであるが、条文解釈という法解釈論の原点に常に立ち返りながら、議論を展開する必要がある。

最後に、本年も、昨年同様、転貸賃料債権に対する物上代位に関する設問3など、判例を参考にすることで深い検討を行うことができる問題が出題されているが、法律実務における判例の理解・検討の重要性を再認識していただきたい（判例の採った論理や結論を墨守することを推奨してはいないが、判例と異なる見解を採るのであれば、判例を正確に指摘して批判することが必須である。）。例年指摘されているところであるが、判例を検討する際には、その前提となっている事実関係を基に、その価値判断や論理構造に注意を払いながらより具体的に検討することが重要であり、様々なケースを想定して判例の射程を考えることで、判例の内容をよりの確に捉えることができる。このような作業を行うことで、個々の制度についての理解が深まるだけでなく、制度相互間の体系的理解が定着することに改めて留意していただきたい。

令和5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5年司法試験の論文式試験出題の趣旨に特に補足すべき点はない。

2 採点方針

民事系科目第2問は、商法分野からの出題である。事実関係を分析し、会社法上の論点を的確に抽出して各設問に答えるという過程を通じ、事例解析能力、論理的思考力、会社法に関する基本的な理解並びに法令の解釈及び適用の能力等を確認するものである。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。これらについては、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。また、書いている途中で問題点に気が付いたのか、前の論述を大きく削除したり、後から論述を追加したりする答案が多かった。そういった答案の多くが最後まで十分に整理することができていなかったように思われる。実際に書き始める前に論述すべき内容をしっかりと構成してから、全体として整合的な論述をするように心掛けてほしい。

3 採点実感

(1) 設問1について

ア 全体的な採点実感

設問1は、公開会社でない取締役会設置会社である甲社において、唯一の株主であり、かつ、代表取締役であるAが、甲社の代表取締役として本件売買契約を締結したことについて、その法的責任の有無を問うものである。小問1においては、その後に株主となったGが会社法第423条第1項に基づく損害賠償を請求する責任追及等の訴えを提起した場合、小問2においては、債権者である乙社が会社法第429条第1項に基づく損害賠償を請求する訴えを提起した場合において、それぞれAの損害賠償責任が認められるか否かを検討することが求められるものである。前提となる事実関係に異なる部分はあるものの、本件売買契約を締結したという代表取締役の行為について、会社に対する責任と第三者に対する責任の有無がそれぞれ問われているものであり、会社法第429条第1項に基づく損害賠償責任の性質について判例（最判昭和44年11月26日民集23巻11号2150頁参照）の考え方を前提とするのであれば、いずれの小問においても、会社に対する任務懈怠の有無が問われることになる。設問1においては、各小問を比較して論ずることは明示的には求められていないが、甲社の唯一の株主の意向に沿って本件売買契約を締結したことに任務懈怠があるかという点について、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の本質に触れつつ、各小問を通じて整合的な検討をすることが望まれる（例えば、小問1において任務懈怠を否定し、小問2において任務懈怠を肯定するのであれば、結論を異にする理由を意識しながら検討することが望まれる。）。実務においては、設問1のように、いわゆる一人会社においてその唯一の株主が取締役として行った行為や唯一の株主の意向に沿って行われた行為についての任務懈怠の有無が問題となることは多く、参考となる下級審の裁判例も見られるところである。設問1は、より実務的な観点から、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試そうとするものである。

小問1においては、まず、本問の事実関係の下で、会社法第423条第1項の損害賠償責任

が認められるための要件に沿って検討することが求められるところ、この点については、論述内容の正確性に差が見られたものの、多くの答案が意識することができていた。また、小問2においても、小問1と同様、本問の事実関係の下で、**会社法第429条第1項の損害賠償責任が認められるための要件に沿って検討することが求められる**ところ、この点についても、論述内容の正確性に差が見られたものの、多くの答案が意識することができていた。

上記のとおり、設問1においては、任務懈怠の有無が特に問題となるところ、本件売買契約を締結することは、甲社の唯一の株主の意向に沿ったものであるから、そのような場合にも任務懈怠があるかについてよいのかについて、**取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の本質に触れつつ、検討することが求められる**。これらの義務の内容について、株主の経済的利益を最大化するという観点から考えるのであれば、小問1においては任務懈怠を否定する方向に傾くことになるだろうが、これとは異なる考え方やこのような方向を修正すべき要素があると考えるのであれば、その点も含めて的確に論ずることが求められる。小問2においては、本件売買契約を締結したことが甲社の唯一の株主の意向に沿ったものではあるものの、それによって経営に悪影響が生じ、債務の弁済にも支障を来す程度に財務状態が悪化したことなどの小問1の事実関係とは異なる点に留意して検討することになる。小問1の事実関係とは異なる点を重視すると、任務懈怠を肯定する方向に傾くことになるだろうが、その場合には、**取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容について株主の経済的利益を最大化するという観点から考えるべきである**という考え方によっているのであれば、そのこととの整合性をどのように考えるのかという点にも配慮しながら論ずることが望まれるところである。もっとも、上記のような観点から検討することができた答案は極めて少数であり、甲社が一人会社であることすら気が付かないまま、又は、気が付いたとしても、甲社が一人会社であることを踏まえて取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を具体的に検討することがないまま、会社法第423条第1項及び第429条第1項の責任が認められるための要件の該当性を形式的に検討することとどまるものが多数であった。それらの答案の多くが、本件売買契約が利益相反取引である間接取引（会社法第356条第1項第3号）に該当するものであることをもって任務懈怠を肯定したり、適正な評価額よりも高額な代金で本件売買契約を締結したことにより会社の財産を減少させたことをもって任務懈怠を肯定したりするものであり（小問2については、本件債務を負ったことや本件定期預金を取り崩したことをもって任務懈怠を肯定するというものもあった。）、甲社の唯一の株主の意向に沿ったものであることについての考察が加えられていないものは、高い評価は得られなかった。これに対し、極めて少数ではあったが、**一人会社においては会社の利益と株主の利益が一致することなどを指摘して、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を株主の経済的利益を最大化するという観点から考えるという立場に立脚した上で、小問1においては任務懈怠を否定しつつ、小問2においては、会社の財務状態に照らして会社債権者の利益が具体的に損なわれるおそれがある場合には会社債権者の利益を保護する必要性があるなどと指摘して、その点も取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容になり得るという考え方の下、任務懈怠が肯定されるとする答案が見られたが、このような答案は、当然のことながら高く評価された。また、甲社が一人会社であることを指摘した上で、会社と株主は別人格であること、株式会社においては常に潜在的に他の株主が出現する可能性があること、会社債権者の利益を保護する必要性があることなどから、小問1及び小問2ともに任務懈怠は肯定しつつ、小問1については免除について検討する答案も高く評価された。**

ところで、上記のとおり、小問1においては、間接取引の該当性について検討する答案が多く見られた。会社法第423条第1項の損害賠償責任の有無を検討するに当たり、間接取引の該当性を検討すること自体は考えられる法律構成ではあるものの、それが肯定されたとしても、任務懈怠が推定されるにすぎないのであるし（会社法第423条第3項）、Aの立場において考えられる反論として、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容について、株主の経済

的利益を最大化するという観点から考えるべきであることを前提に、自らが唯一の株主であったことを理由に任務懈怠がなかったと主張することなどが考えられるのであるから、その当否についての検討をすることが必要不可欠である。すなわち、**任務懈怠の有無を検討するに当たって重要なのは、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容をどのように考えるのかという点であり、間接取引の該当性を検討する場合であっても、上記の点についての検討をしなければならない点に留意する必要がある。**しかしながら、間接取引の該当性を検討する答案の多くが、間接取引に該当することをもって任務懈怠を肯定するにとどまり、少数ながら免除の有無を検討するものが見られたものの、本件売買契約を締結したことが唯一の株主の意向に沿ったものであるという**事実関係の下で取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容をどのように考えるのかという観点から任務懈怠の有無を検討する**ものはほとんどなかった。

また、小問1においては、Aの立場において考えられる反論及びその当否についての検討が求められるところ、Aの立場からすると、上記のように、**取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容について、株主の経済的利益を最大化するという観点から考えるべきであることを前提に、**自らが唯一の株主であったことを理由に任務懈怠がなかったと主張することが考えられるが、それ以外にも、Aとしては、自らが唯一の株主であったことから、免除（会社法第424条）があったと主張することも考えられる。任務懈怠を肯定する場合はもちろんのこと、これを否定する場合であっても、Aの立場からすると、任務懈怠を否定する主張が認められなかった場合に備えて免除についても主張しておくことが実務的には望ましいものと考えられる。その場合には、問題文の事実関係からは免除に関する明示的な意思表示があったとはいえないこと、Gが責任追及等の訴えを提起していることなどに鑑み、AがGに対して甲社の株式を譲渡する前に免除に関する黙示の意思表示があったといえるか否かという観点から検討することができる、なお望ましい。しかしながら、任務懈怠を肯定する答案においても、免除について検討していた答案は少数であった。免除について検討することができた答案においても、明示的な意思表示があったとはいえない点やGが株主となっている点などを簡潔に指摘した上で免除を否定するものが比較的多く見られたが、小問1のような事案においては、免除の意思表示が明示的にされることは多くないのが実情であろうから、これらを踏まえた上で黙示の意思表示の有無を検討することができるとなお望ましいところ、そのような答案は、残念ながら極めて少数にとどまった。せっかく甲社が一人会社であるという問題点に気が付いたのであるから、より実務的な観点から深い考察をすることができるとなお良かった。

そのほかには、経営判断の原則について論じている答案もあった。この点についても、間接取引の該当性と同様、設問1においては、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容について、株主の経済的利益を最大化するという観点から考えるべきであることを前提に、自らが唯一の株主であったことを理由に任務懈怠がなかったとの主張の当否を検討することが重要であり、経営判断の原則について検討すること自体は必要不可欠ではない。しかしながら、経営判断の原則を検討する答案の多くが、経営判断の原則を適用しても適正な評価額よりも高額な代金で本件売買契約を締結したことにより会社の財産を減少させたことをもって任務懈怠が肯定される、会社との利益が相反する場合には経営判断の原則は適用されないため任務懈怠が肯定されるなどとするにとどまっており、免除の有無を検討するものが少数ながら見られたものの、上記の点を検討するものはほとんどなかった。

なお、**少数ではあるが、利益相反取引についての取締役会の決議（会社法第356条第1項第3号、第365条第1項）や重要な財産の処分及び譲受けについての取締役会の決議（会社法第362条第4項第1号）の有無を検討するものがあったが、問題文に「甲社においては、本件売買契約の締結に先立ち、取締役会の決議等の会社法所定の手続が行われた」と記載されていることから、手続的な規制について検討する必要はない。**また、役員責任追及の訴え（会社法第847条）の要件についても検討するものもあったが、これについても、問題文に「会

社法第423条第1項に基づく損害賠償を請求する責任追及等の訴えを適法に提起した」と記載されていることから、Gが責任追及等の訴えを提起するための訴訟要件について検討する必要もない。さらに、本件売買契約を締結したことが代表権の濫用に該当するか否かを詳細に検討する答案も見られたが、設問1においては、代表取締役であるAの損害賠償責任の有無が問題となっており、本件売買契約の効力を検討することは必ずしも求められていないのであるから、端的に任務懈怠の有無を検討すれば足りるはずである。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

本件売買契約が甲社の唯一の株主であるAの意向に沿ったものであることを指摘した上で、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を株主の経済的利益を最大化するという観点から考えるという立場に立脚した上で、小問1においては任務懈怠を否定しつつ、小問2においては、会社の財務状態に照らして会社債権者の利益が具体的に損なわれるおそれがある場合には会社債権者の利益を保護する必要性があるなどと指摘して、その点も取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容になり得るという考え方の下、任務懈怠が肯定されるとするもの。

本件売買契約が甲社の唯一の株主であるAの意向に沿ったものであることを指摘した上で、株主のために会社の財産を減少させる行為は、会社債権者を害することがない限り、善管注意義務又は忠実義務には違反しないという立場に立脚した上で、小問1においては任務懈怠を否定しつつ、小問2においては任務懈怠を肯定するもの。

本件売買契約が甲社の唯一の株主であるAの意向に沿ったものであることを指摘した上で、会社と株主は別人格であることなどを理由に、小問1及び小問2ともに任務懈怠は肯定しつつ、小問1について、免除に関する黙示の意思表示の有無を検討するもの。

甲社が一人会社であるということを踏まえて取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を検討することはできていないものの、小問1及び小問2ともに、適正な評価額よりも高額な代金で本件売買契約を締結したことにより会社の財産を減少させたことをもって任務懈怠を肯定し、小問1について、甲社が一人会社であることを踏まえ、免除に関する黙示の意思表示の有無を検討するもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

甲社が一人会社であることを指摘せず、**取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を具体的に検討することもなく**、会社法第423条第1項及び第429条第1項の責任が認められるための要件の該当性を形式的に検討するにとどまるもの。

甲社が一人会社であることを指摘せず、本件売買契約が間接取引に該当することをもって任務懈怠を肯定するにとどまるもの。

甲社が一人会社であることを指摘せず、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を具体的に検討することもなく、経営判断の原則の適用を検討した上で任務懈怠を肯定するもの。

間接取引についての取締役会の決議や重要な財産の処分及び譲受けについての取締役会の決議を経ていないことをもって任務懈怠を肯定するもの。

本件売買契約を締結したことが代表権の濫用に該当するか否かを詳細に検討するものの、取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を具体的に検討しないもの。

(2) 設問2について

ア 全体的な採点実感

設問2は、共有株式につき、権利行使者の指定もなく、共有者間で何一つ合意がされていない状況において、共有者の一人によって株主総会で議決権が行使された結果、取締役を選任する旨の決議がされた場合に、その決議の効力について、他の共有者がその決議の取消しの訴え

を提起することの適法性ととも検討することを求めるものである。具体的には、問題文に指摘されているところから従い、株主総会決議の取消しの訴えを提起することの適法性として原告適格及び訴えの利益の有無を検討するとともに、株主総会決議の取消しの訴えに係る請求が認められるか否かについて検討することになる。問題文に検討すべき事項が列挙されたこともあり、多くの答案が原告適格、訴えの利益及び株主総会決議の取消しの訴えに係る請求が認められるか否かについて検討することができていた。訴訟要件についての検討も求められる実務的な問題であったにもかかわらず、比較的多くの答案が問題の所在に気が付いていたように思われる。問題の所在にほとんど気が付いていないと思われる答案も一定数見られたが、そのような答案からほとんど全ての事項についての確に検討することができている答案まで様々であった。設問1においては、高い評価が得られた答案が少数であり、そうでないものが多数であったのに対し、設問2においては、極めて高い評価が得られた答案から極めて低い評価となった答案まで幅広く分布する傾向にあったように思われる。

検討すべき事項ごとにみると、まず、原告適格（小問1）については、権利行使者としての指定を受けてその旨を株式会社へ通知していないときは、特段の事情がない限り、原告適格を有しないという判例（最判平成2年12月4日民集44巻9号1165頁参照）の考え方を踏まえつつ、検討することが求められる。判例のように、原則として原告適格が認められないとした上で、特段の事情の有無を検討することも考えられるし、判例とは異なる考え方に立って検討することも考えられるが、いずれにしても、権利行使者の指定がないことによって原告適格の有無が問題となることを理解していることが求められる。比較的多くの答案が、権利行使者として指定を受けてその旨を株式会社へ通知していないという点を指摘した上で、判例の考え方を前提に、小問1においては例外的に原告適格を認めるべきであるという結論を採用していた。また、少数ではあるものの、原告適格を否定することの問題点を指摘し、株主総会決議の取消しの訴えを提起することは保存行為に該当するなどとして原告適格を肯定するというものもあった。これらの答案は、いずれも高く評価された。これに対し、権利行使者としての指定を受けてその旨を株式会社へ通知していないという問題点に全く気が付いていないものも相当数あった。また、会社法第106条本文に触れることなく法定相続分に相当する2万株については単独で権利行使することができるとするもの、Hによる議決権の行使が甲社の同意によって有効となるものではないことをもってIの原告適格が認められることになるとするもの、相続による取得を会社に対抗することの可否を検討するもの、会社法第126条第3項の問題として検討するものも少数ながら見られた。これらの答案は、いずれも低い評価にとどまった。

次に、訴えの利益（小問1及び小問2）についてであるが、小問1と小問2を通じて、株主総会決議につきいわゆる瑕疵の連鎖がある場合にどのように考えるのかという点についての理解を問うものである。まず、株主総会決議の取消しの訴えは、形成の訴えであり、原告適格が認められる者は訴えの利益を有するのが通常であるものの、その後の事情の変化によって訴えの利益を欠くことがあり得るところ、取締役を選任する株主総会決議の取消しの訴えの係属中に、その決議に基づいて選任された取締役が全て任期満了によって退任し、その後の株主総会決議によって新たな取締役が選任されたときは、特段の事情のない限り、訴えの利益を欠くに至るとする判例（最判昭和45年4月2日民集24巻4号223頁参照）の考え方を前提とすると、本件決議1に基づいて選任された取締役は、本件株主総会2の終結時に任期満了によって退任することになるため、本件訴えについては、特段の事情のない限り、訴えの利益を欠くことになると考えられるところである（なお、判例の考え方からすると、取締役を選任する株主総会決議の取消しの訴えの係属中に、その決議に基づいて選任された取締役が任期満了によって退任したことから、原則として訴えの利益が否定されることになるのであるが、その決議と同じ取締役を選任する内容の決議がされたことを指摘して、原則として訴えの利益が否定されるものとする答案も多かった。中には、同じ取締役を選任する内容の決議により先行する決

議の瑕疵が治癒され、原則として訴えの利益が否定されるといった誤った記述を含む答案もあった。)。これを踏まえ、小問1及び小問2の事実関係を下に、更に具体的に検討することが求められる。小問1においては、本件決議1が取り消されると、本件決議1に基づいて選任された取締役によって構成される取締役会による代表取締役の選定も遡って無効になるため、本件株主総会2はその招集手続に瑕疵があることとなり、本件決議1の瑕疵が連鎖するものといえることから、この点を適切に評価し、訴えの利益を欠くことになるのか否かを検討することになる(この点については、最判令和2年9月3日民集74巻6号1557頁を参考にすることが考えられる。)。これに対し、小問2においては、本件決議1がB、C及びDを取締役に再任するものであったことからすると、本件決議1が取り消されても、B、C又はDは、会社法第346条第1項又は第351条第1項の規定により取締役又は代表取締役としての権利義務を有することになるなどの事情を適切に評価し(例えば、本件株主総会2の招集手続に瑕疵があることにはならず、本件決議1の瑕疵が連鎖するものとはいえないなど)、訴えの利益を欠くことになるのか否かを検討することになる。それ以外にも、例えば、小問2においては、本件決議1を取り消しても、B、C及びDは、それよりも前の株主総会において取締役に選任された地位に基づき、会社法第346条第1項の規定により取締役としての権利義務を有することになるから、訴えの利益は認められないとしたりすることも考えられよう。これらの点について、「瑕疵の連鎖」等の用語を用いるなどして論じており、問題の所在をおおむね把握することができていることをうかがわせる答案は比較的多かった(もっとも、「瑕疵の連鎖」等の用語は用いているものの、その他の記述から、判例の内容等を正確に理解しているのかが疑わしく、高い評価を得られなかった答案も一定数あった)。これに対し、このような問題点に全く気が付かず、本案請求が認められるか否かを基準に訴えの利益の有無を検討しているもの、本件決議1において選任された取締役が本件決議2において再任されたという事情や本件株主総会2においてIが議決権を行使してその配偶者が取締役に選任しているといった事情のみから訴えの利益の有無を検討するものもあったが、これらの答案は、いずれも高い評価は得られなかった。また、少数ではあったが、小問1においては瑕疵の連鎖について論じることなく訴えの利益を否定しながらも、小問2においては瑕疵の連鎖があるとして訴えの利益を肯定するものもあった。書いているうちに問題の所在に気が付いたのかもしれないが、瑕疵の連鎖について正しく理解していることが表現されているとはいえ、残念ながら高い評価は得られなかった。

最後に、株主総会決議取消しの訴えに係る請求が認められるか否か(小問1)であるが、この点については、共有株式について会社法第106条本文の規定に基づく権利行使者の指定及び通知を欠いたまま当該株式についての権利が行使された場合において、当該権利の行使が民法の共有に関する規定に従ったものでないときは、株式会社が同条ただし書の同意をしても、当該権利の行使は、適法となるものではないという判例(最判平成27年2月19日民集69巻1号25頁参照)の考え方を踏まえつつ、検討することが求められる。さらに、同判例は、共有株式についての議決権の行使は、当該議決権の行使をもって直ちに株式を処分し、又は株式の内容を変更することになるなど特段の事情のない限り、株式の管理に関する行為として、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決せられるとしていることから、判例と同様の考え方による場合には、本件準共有株式につき、HとIとの間で何一つ合意がされていない以上、Hによる議決権の行使は適法ではなかったことになるものと考えられる。それ以外にも、甲社の同意がある場合にはHによる議決権の行使を保存行為として認めるなど、**判例とは異なる考え方に立って検討することも考えられるが、その場合には、判例の考え方を踏まえ、なぜその考え方を採るべきなのかを説得的に示す必要がある。**いずれにしても、会社法第106条本文及び同条ただし書の関係及び内容についての正しい理解と適切な解釈論を示すことが求められる。その上で、決議取消事由(会社法第831条第1項第1号)の該当性を検討することにな

る（定足数に満たないことになる、又は議決権の取扱いに違法があるなど）。これらの点について、多くの答案が、判例の考え方を前提としつつ、Hによる議決権の行使は適法ではなかったものとしていたが、上記の点を的確に理解していることがうかがわれるものが一定数見られる中で、論理展開がやや不十分であると思われるもの（例えば、なぜ民法の共有に関する規定に従う必要があるのかについて論じられていないもの、甲社の同意の有効性を問題とするもの、なぜ持分の価格の過半数で決せられるのかについて論じられていないもの、議決権の行使の場面であることを意識しないで株主としての権利を行使する場合には常に持分の価格の過半数によって決せられる必要があるかのように論じるものなど）も見られた。これに対し、問題の所在に全く気が付いていないと思われる答案は、比較的少数であった。また、決議取消事由についても、Hが議決権を行使することができないことから定足数を欠くとしたり（会社法第341条）、議決権の取扱いに違法があり、その個数に照らすと裁量棄却とすることもできなしたりするなど取消事由である法令違反について正確かつ丁寧に論ずる答案がある一方で、会社法第106条の規定によりHによる議決権の行使が有効となるわけではないことを指摘するにとどまるなど取消事由の指摘が曖昧あるいは不正確な答案もあったが、前者が望ましいということはいうまでもない。なお、取締役を選任する株主総会においては、候補者は特別の利害関係を有するから、候補者が議決権を行使した点に違法があるとする答案もあったが、そのような考え方は一般的ではない。

イ 答案の例

(ア) 優秀又は良好に該当する答案の例

原告適格について、権利行使者として指定を受けてその旨を株式会社に通知していないという点を指摘した上で、判例の考え方を前提に、原則として原告適格は否定されるものの、小問1においては、本件株主総会1における議決権の行使には同意しつつ、本件訴えの提起には同意せずに原告適格を争うのは防御権の濫用であるなどと指摘して、原告適格が例外的に認められるとするもの。

原告適格について、権利行使者として指定を受けてその旨を株式会社に通知していないという点を指摘した上で、小問1のような場合において、共有株主が株主総会決議の取消しの訴えを提起することは保存行為に該当するから、原告適格は認められるとするもの。

訴えの利益について、原告適格が認められる者は訴えの利益を有するのが通常であるものの、その後の事情の変化によって訴えの利益を欠くことがあり得るところ、取締役を選任する株主総会決議の取消しの訴えの係属中に、その決議に基づいて選任された取締役が全て任期満了によって退任し、その後の株主総会決議によって新たな取締役が選任されたときは、特段の事情のない限り、訴えの利益を欠くに至るという判例の考え方を正しく理解していることがうかがわれるもの。

訴えの利益について、判例の考え方を前提に、小問1においては、本件決議1が取り消されると、本件決議1に基づいて選任された取締役によって構成される取締役会による代表取締役の選定も遡って無効になるため、本件株主総会2はその招集手続に瑕疵があることなどから、訴えの利益が認められるとし、小問2においては、本件決議1が取り消されても、B、C又はDは、会社法第346条第1項又は第351条第1項の規定により取締役又は代表取締役としての権利義務を有することになるなどから、訴えの利益を欠くに至るとするもの。

株主総会決議取消しの訴えに係る請求が認められるか否かについて、共有株式について会社法第106条本文の規定に基づく権利行使者の指定及び通知を欠いたまま当該株式についての権利が行使された場合において、当該権利の行使が民法の共有に関する規定に従ったものでないときは、株式会社が同条ただし書の同意をしても、当該権利の行使は、適法となるものではないという判例の考え方を正しく理解していることがうかがわれるもの。

株主総会決議取消しの訴えに係る請求が認められるか否かについて、判例の考え方を前提

に、共有株式についての議決権の行使は、株式の管理に関する行為として、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決せられるものであるとした上で、Hによる議決権の行使は適法ではなく、その結果、定足数を欠くこととなり、決議の方法が法令（会社法第341条）に違反する（会社法第831条第1項第1号）こととなるとするもの。

(イ) 不良に該当する答案の例

訴えの利益の有無や原告適格の有無という訴訟要件の問題と株主総会決議取消しの訴えに係る請求が認められるか否かという本案の問題を区別することができていないもの。

原告適格について、権利行使者としての指定を受けてその旨を株式会社に通知していないという問題点に気が付かず、単に会社法第831条第1項の「株主等」に該当することを理由に認められるとするもの。

原告適格について、会社法第106条本文に触れることなく法定相続分に相当する2万株について単独で権利行使することができるとするものや、Hによる議決権の行使が甲社の同意によって有効となるものではないことをもって認められるとするもの。

訴えの利益について、株主総会決議の取消しの訴えは、形成の訴えであり、原告適格が認められる者は訴えの利益を有するのが通常であるものの、その後の事情の変化によって訴えの利益を欠くことがあり得るということを理解せずに、取り消す実益の有無がない限り訴えの利益は認められないという考え方の下、本件株主総会2においてIが議決権を行使していることや、Iの配偶者であるKが取締役として選任されていることなどから、本件決議1を取り消す実益がないとするもの。

株主総会決議取消しの訴えに係る請求が認められるか否かについて、問題の所在に気が付かず、取締役を選任する株主総会においては、候補者は特別の利害関係を有するから、候補者が議決権を行使した点に違法があるとするもの。

株主総会決議取消しの訴えに係る請求が認められるか否かについて、民法の共有に関する規定に反する場合には会社法第106条ただし書の同意をすることができないとした上で、会社法第106条ただし書に違反することをもって決議取消事由に該当するとするもの。

(3) 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することができているものは、当然のことではあるが、高く評価された。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、設問1において高い評価を得たものは極めて少数であったため、相対的に上位となった答案の多くが、設問1において高い評価を得るには至らなかったものの、設問2において高い評価を得たものであったように思われる。

他方で、高い評価を得ることができなかった答案に共通する傾向としては、昨年と同様であるが、設問の指示をよく読み、問われていることに正面から答えようとする姿勢に欠けていたところがあったように思われる。例えば、設問1の小問1においては、「Aの立場において考えられる反論及びその当否を検討」することが求められているところ、Aとしては、本件売買契約を締結することにより、自己の有する甲社の株式の評価額が低下することはあっても、会社の財務状態から会社債権者の利益を害するおそれはなく、他の利害関係人に損害が生じたといった事情もうかがわれないのであるから、会社法第423条第1項に基づく損害賠償責任を負うことに納得しないはずであり、そのようなAの主張をどのように法律構成すべきかを、知っている論点に引き付けて考えるのではなく、正面から考えてほしいところである。そうすれば、少なくとも甲社が一人会社であるということには気が付くことができたのではないかと思われる。小問1においては、間接取引に該当するとした上で、Aの反論及びその当否として、経営判断の原則が適用されることを検討する答案が相当数見られたが、そのような検討で足りるのか否かは、Aの訴訟代理人となったつもりで考えてみれば明らかであろう。知っている論点に引き付けて論ずるのではなく、Aの立場に立った上で正面から論ずることができれば、その程度にもよるところではある

が、相対的に高く評価されることになったはずである。

また、設問2については、比較的多くの答案が問題の所在に気が付いていたように思われるところであり、多くの受験者が一度は学習していたものと思われる。そのような中でも、極めて高い評価が得られた答案から極めて低い評価となった答案まで幅広く分布する傾向にあったのは、このような事項を学習する際に、民法の共有に関する規定や民事訴訟法における訴訟要件と会社法の諸制度との関係に関する基本的な理解をより確実なものとするように意識していたか否かで差が出たものと思われる。比較的多くの答案において、判例の考え方や瑕疵の連鎖に関する議論が前提とされていたが、形成の訴えにおける訴えの利益の考え方や民法の共有に関する規定についての基本的な理解がうかがわれるものとそうでないものとは説得力に差が出たように思われる。

4 法科大学院教育に求められるもの

第2問のうち設問2は、訴訟要件についての検討も求められる実務的な問題であったにもかかわらず、比較的多くの答案が問題の所在に気が付いていたように思われた。問題文に検討すべき事項が列挙されたことによるところもあるだろうが、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。また、設問2において高く評価された答案は、民法の共有に関する規定や民事訴訟法における訴訟要件と会社法の諸制度との関係に関する基本的な理解がうかがわれたものであり、これらは、実務を意識した法科大学院における教育の成果といい得るのではないと思われる。

これに対し、設問1は、会社法第423条第1項及び第429条第1項の損害賠償責任が認められるための要件に沿って検討するという事例問題ではあるが、一人会社においてその唯一の株主の意向に沿って行われた行為についての任務懈怠の有無という問題点を検討することが求められるものであり、実務的にもしばしば問題となる事項についての基本的な理解を問うものである。既に述べたとおり、設問1においては、高く評価された答案は少なく、知っている論点に引き付けて考え、設問事例における最も重要な要素について、正面から検討することができない結果となったように思われる答案が多く見られた。こうした答案は、知っている論点には飛びつく一方、会社の利益と株主の利益の関係といった、会社法を学習する上で、何らかの形で多くの受験者が一度は接する機会があったと思われるはずの問題点に思い至ることができていないように思われる。仮に、間接取引の該当性や経営判断の原則という典型的な論点を強く意識したことにより、甲社が一人会社であることに気が付かず、又は、気が付いたとしても、一人会社であることを踏まえて取締役が負う善管注意義務又は忠実義務の内容を具体的に検討したり、免除の可能性を検討したりすることに思い至らず、設問1の検討を通じて一人会社であることの意味を考えることなく、検討しなければならない事項を見誤ってしまったのであれば、残念なことである。そのような断片的に切り出された論点をつなぎ合わせさえすれば正解となると考えることなく、基本的な理解を下に設例における問題点に正面から取り組む力を養う学習が望まれるところである。

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5年司法試験の採点実感（民事系科目第3問）

1 出題趣旨等

民事系科目第3問は、民事訴訟法分野からの出題であり、出題趣旨は、既に公表されている「令和5年司法試験論文式試験出題の趣旨【民事系科目】〔第3問〕」のとおりである。

本問においては、例年と同様、受験者が、①民事訴訟の基礎的な原理、原則や概念を正しく理解し、基礎的な知識を習得しているか、②それらを前提として、設問で問われている課題を的確に把握し、それに正面から答えているか、③抽象論に終始せず、設問の事案に即して具体的に掘り下げた分析及び考察をしているかといった点を評価することを狙いとしている。

2 採点方針

答案の採点に当たっては、基本的に、上記①から③までの観点を重視することとしている。

本年においても、問題文中の登場人物の発言等において、受験者が検討し、解答すべき事項が具体的に示されている。そのため、答案の作成に当たっては、問題文において示されている検討すべき事項を適切に分析し、そこに含まれている論点を論理的に整理した上で、論述すべき順序や相互の関係も考慮することが必要である。そして、事前に準備していた論証パターンをそのまま答案用紙に書き出したり、理由を述べることなく結論のみを記載したりするのではなく、提示された問題意識や事案の具体的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、XがYに対し、貸金の返還を求める訴えを提起し（以下、この訴えの訴訟物の内容をなす貸金債権を「甲債権」といい、この訴えに係る訴訟手続を「本件訴訟」というほか、問題文において定義した略語を適宜用いる。）、これに対し、Yが請求原因事実を認めた上で、主的に弁済の抗弁を、予備的にXに対する売買代金債権（乙債権）により相殺する旨の訴訟上の相殺の抗弁を主張したという事案を題材とし、第一審における手続のほか、上訴、判決効と幅広く民事訴訟法の理解を問うものである。

本年の問題では、例年同様、具体的な事案を提示し、登場人物の発言等において受験者が検討すべき事項を明らかにした上で、いわゆる違法収集証拠の証拠能力、不利益変更禁止の原則、確定判決に基づく効力ないし拘束力、参加的効力等の民事訴訟の基礎的な概念や仕組みに対する受験者の理解を問うとともに、事案への当てはめを適切に行うことができるか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の不足をうかがわせる答案も少なくなかった。

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、日本語として違和感を覚える表現や初等教育で学ぶ漢字を平仮名又は片仮名で記載する答案や漢字の誤りも一定数見られた。以上については、例年、指摘されているところであるが、本年においても、改めて注意を促すとともに、判読不能な文字は白紙答案と同じであることに留意してもらいたい。特に第三者が読むことに対する意識が十分ではないという点について言えば、法律実務家は、常に読み手のことを考えて文章を起案する意識を持つ必要があることに鑑み、強く改善を求

めたい。

(2) 設問1について

ア 設問1の採点実感

設問1では、まず、(a)として、民事訴訟において違法収集証拠の証拠能力が制限される場合があり得ることを前提としつつ、証拠能力を否定する際の法的根拠を挙げて、証拠能力の有無をいかなる基準により判断すべきかを論じ、(b)において、設問の事実関係の下で、(a)において採用した判断基準に照らして本文書の証拠能力の有無を論ずることが求められている。

民事訴訟法（以下「法」という。）には、違法収集証拠の証拠能力を制限した規定がないことは、本問を検討する上での出発点になるものと考えられるが、この点についての言及を欠く答案が極めて多かった。そして、このような答案においては、違法収集証拠の証拠能力が無制限には認められない理由についても言及されない傾向があり、相対的に低い評価にとどまった。逆に、明文規定のないことを明示的に論ずる答案は、その後の論述においても、的確に問題の所在を捉えていることが多く、相対的に高い評価となった。

違法収集証拠の証拠能力を制限する際の法的根拠及び判断基準については、最高裁判所の判例がいまだ存在せず、様々な学説が提唱されている状況にあるから、いかなる見解を採用したかによって評価に差を設けていない。

最も多かった答案は、訴訟上の信義則（法第2条）に根拠を求めたものであった。もともと、法第2条の文言は抽象的であるため、証拠能力を否定する論拠とするには、一定の論証を行う必要があり、具体的な証拠方法について証拠能力の有無を判断することができるような基準を定立する必要がある。そのようなものとして、証拠収集の手段・態様の違法性、被侵害利益の重大性を指摘した上で、証拠の重要性、真実発見の要請等と衡量してもなお当該証拠の取調べを是認することができない場合に証拠能力を否定すべきことを指摘している答案は、高く評価された。これに対し、判断基準としてはおよそ機能し得ないような抽象的な基準を提示するもの（例えば、信義則に反する場合には、証拠能力は認められないとするなど、法第2条の文言を繰り返しただけの答案）や、同条の文言の趣旨を具体化する要素として十分とは思われない事項のみを掲げて証拠能力を否定しようとする答案（例えば、単に「公正さの観点から」とか、犯罪行為による証拠方法等は証拠能力を否定すべきなどとする答案）は、低い評価にとどまった。

下級審裁判例（東京高判昭和52年7月15日判時867号60頁参照）に依拠し、人格権の保護を根拠としつつ、当該証拠が著しく反社会的な手段を用いて取得されたものかどうかを基準とした答案も見受けられた。上記裁判例の論旨を法的根拠と判断基準とに適切に整理しつつ、違法収集証拠の証拠能力を否定するための要件を適切に提示することができた答案は、高く評価された。これに対し、判断基準のみで法的根拠が曖昧な答案、提示した要件が不正確あるいは不完全な答案は、低い評価にとどまった。

以上とはやや異なる法的根拠を提示したものとして、例えば、再審事由（法第338条第1項第5号）が規定されていることの法意として、不当な方法で収集された証拠を用いた判決は再審の訴えの対象となり得ることから、一定の違法収集証拠の証拠能力は否定されることが予定されているとの法理を導いた上で、上記再審事由の存在を法的根拠と捉え、同号が定める刑事実体法に違反した行為が証拠収集の過程に介在したかどうかを判断基準として提示した答案も少なからず見受けられた。このような論旨が適切に展開されている答案は、相応に評価することができるが、単に再審事由を法的根拠とするにとどまり、論証が不十分と見られる答案は低い評価にとどまった。

また、文書提出命令制度において自己利用文書（法第220条第4号ニ）が提出除外文書とされている以上、この制度の利用を迂回して自力救済的に違法に証拠が収集された場合には、証拠能力を制限するといった趣旨の答案も少なからず見られた。自己利用文書が提出対象から

除外される理由として、被侵害利益の重大性、とりわけプライバシーが問題になることを十分に意識できていると見られる答案は相応に評価されるのに対し、単に文書提出命令によらないで証拠を入手したことをのみを指摘する答案や文書提出命令制度につき用意した論証パターンを記載する答案、自己利用文書該当性の検討に終始し、違法収集証拠として排除されるかどうかの検討が不十分な答案は、低い評価にとどまった。

その他、弁論主義や自由心証主義を法的根拠とする答案もあったが、これらが直接的に証拠能力を制限する根拠となるものとは言い難く、例えば、自由心証主義が適切に機能するには適法に収集された証拠が提出される必要があるとの理由から、違法収集証拠の証拠能力を否定すべきと論ずるなど説得的に論じられていない限り、低い評価にとどまった。

次に、(b)は、(a)で提示した法的根拠及び判断基準を踏まえた当てはめを求めるものである。訴訟上の信義則を根拠とした場合には、違法収集証拠の証拠能力を否定する方向の要素として、証拠収集の手段・態様の違法性や被侵害利益の重大性を挙げるのが考えられる。前者については、YがXに無断でそのノートパソコンを使用し、電子メールの全てをUSBメモリに保存して持ち出したことを指摘する必要がある。また、後者については、本件メールの中に、Xの健康状態やXA間の子の学業成績に関する相談等の情報が含まれており、これらがXのプライバシーに関する情報であることを指摘する必要がある。他方、違法収集証拠の証拠能力を肯定する方向の要素としては、証拠の重要性や真実発見の要請などを指摘することが考えられる。これらについては、XY間で本件動産の売買契約が締結されたことの証明に役立つ客観的証拠が他にないことを踏まえ、本件文書が唯一の客観的証拠であって、本件動産の売買契約の締結の証明にとって重要な間接証拠になることを指摘する必要がある。

当てはめについては、多くの答案において、(a)で提示した基準に従って、問題文中の事実を適切に摘示していた。もっとも、判断基準においてあらかじめ指摘した要素が少なかった結果、十分な当てはめができなかったものも少なからずあり、そのような答案は低い評価にとどまった。また、当然のことではあるが、(a)で提示した基準と(b)の当てはめが食い違う答案は、評価されない。論述を進めていく過程で新たな視点に気付くこともあろうが、答案を書き始める前に、結論まで整理して論述する必要がある。

また、証拠収集行為自体の違法性（反社会性）と（証拠収集行為の結果としての）被侵害利益の重大性とを明確に区別して、当てはめまでできている答案は、高く評価されるが、そのような答案は、それほど多くなかった。証拠の重要性や真実発見の要請について触れている答案もあまり多くなかった。証拠能力の有無の判断要素として、証拠の重要性を挙げる答案において、多くは、証拠価値が高い場合には、真実発見の要請からも証拠能力を肯定する方向に働く事情として評価していたものの、一定数の答案で、結論を左右する重要な証拠であるから証拠能力が否定されるべきとの結論を導くものがあつた。しかし、違法収集証拠の証拠能力の有無を判断する場面においては、基本的には、違法な証拠収集行為によって侵害される者の利益と真実発見の要請が衝突するものと考えられ、証拠価値が高いことは、証拠能力を肯定する方向に働く事情として評価するのが論理的である。

イ 設問1のまとめ

設問1は、違法収集証拠の証拠能力に関する民事訴訟法上の規定の欠如、例外的に証拠能力の制限が要請される背景的事情、証拠能力の制限を正当化する法的根拠とその判断基準を論じ、これに基づき当てはめを行って結論を導くという民事訴訟制度の基本的な理解及び論述力を問うものであるところ、結論に至る過程までの論述の出来には相当の幅が見られた。

とりわけ、違法収集証拠の証拠能力を否定する議論の前提を明らかにすることに苦慮したと思われる答案が非常に多かった。民事訴訟における違法収集証拠の証拠能力の問題は、出発点となるべき条文が存在しないという点に大きな特徴があるが、このことについての認識、理解が足りなかったことが主な原因であると推察される。また、条文が存在しない場合であっても、

証拠能力を無制限に認めることに消極的な立場に立つときは、その理由が必要になるはずであるが、この点についての認識、理解も不足していたと言える。この結果、法的根拠あるいは判断基準として必ずしも適切とは言えない事項を法的根拠あるいは判断基準として論じた答案が少なからず見られた。具体的には、違法な証拠収集を助長するかどうか、あるいは、裁判に対する国民の信頼を損なうかどうか、といった弊害のおそれの有無を内容とする判断基準を提示した答案であるが、このような判断基準によって設問の事実関係について当てはめを行うことは、およそ困難であると思われる。(a)において適切な規範を定立してはじめて、(b)において適切な当てはめをすることができる。当てはめの段階で違和感を覚えるような場合には、自らが立てた基準自体を疑うといった姿勢が求められよう。

「優秀」に該当する答案は、上記の出題趣旨を正しく理解し、過不足なく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、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、証拠能力の制限を正当化する法的根拠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、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、基準の定立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、出題趣旨を正しく理解せず、民事訴訟における違法収集証拠の証拠能力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。

(3) 設問2について

ア 設問2の採点実感

設問2では、相殺の抗弁に対するいわゆる再相殺について、訴訟上の相殺の再抗弁は不適法であるが、訴訟外の相殺の意思表示の主張は適法と解されること（最判平成10年4月30日民集52巻3号930頁参照）を前提として、第一審で訴訟外の再相殺の主張（再抗弁）が認められて請求認容判決がされた事案において、Xのみが控訴した場合の控訴審の審理判断の在り方について、具体的な事実関係を基に検討することが求められている。一見すると複雑な問題ではあるが、冷静に分析すれば、設例ごとの構図はそれほど複雑ではない。審理の順序や原判決が確定した場合の既判力、控訴裁判所の判決が確定した場合の既判力を分析し、整理することが肝要である。その上で、不利益変更禁止の原則を正確に理解し、当てはめて結論を出すという法的、論理的思考力が問われている。丁寧な当てはめをせず、結論のみを記載する答案が多く見られたが、裁判所の実体上の心証を基に、どのような論理展開を経て結論に至るのか、設例ごとに既判力が生ずる範囲について正確に分析し、思考の経路を丁寧に示す答案は、自然と高く評価された。これに対し、甲債権、乙債権、丙債権と複数の債権について、三つの場面が設定されて混乱したためか、事案を誤って認識している答案が散見されたが、このような答案は、低い評価にとどまった。要件事実のブロックダイアグラムを作成したり、事案を図示したりすることにより、問題状況を正確に把握することは、解答をする上での出発点になるものであり、法律実務家として必要な姿勢、能力であるところ、後者の答案は、これらが欠けていたと考えられる。

本問では、控訴審における不利益変更禁止の原則（法第304条）が問題となるところ、多くの答案では、この点が理解されていたものの、この点に全く触れない答案も見られた。この点は、上訴における基本的な知識であり、これを理解していない答案は、評価されない。また、不利益変更禁止の原則について、不利益性を判断するに当たり、第一審の判決と控訴審の判決を比較するという視点が欠如している答案も多く見られた。特に、単に「不利益だから、控訴棄却」とするのは、結論としては相当であっても、不利益変更禁止の原則を理解しているのかが明らかなではない。試験である以上、その思考過程を明示して論ずべきである。また、法第304条の条文を摘示できていないものも少なくなかった。法第114条第2項により既判力が生ずる範囲についても、正確に押さえておく必要があるが、相殺に供された自働債権について、相殺が成立した場合における自働債権の不存在のみならず、相殺の成立以外の理由に

よる自働債権の不存在についても既判力が生ずることを理解していない答案が一定数見られた。第一審の判決でも、控訴審の(イ)の判断及び(ウ)の判断の場合でも、いずれも乙債権の不存在の判断に既判力が生ずることになる。この点は、既判力の客観的範囲の例外を定めた法第114条第2項に関する基本的な理解であり、正確に習得することが求められる。

また、控訴審の審理の対象を「乙債権の弁済の有無」とのみする答案が少なからずあったが、設問の前提として「控訴審の審理の範囲は限定されるものではなく、甲債権と丙債権が審理の範囲に含まれる」ことが明示されており、問題文を読んで、解答すべきことを正確に理解しているのか疑問を持たざるを得ない。同様に、不利益変更禁止の原則を、審理の範囲の問題と捉えるものもあったが、不利益変更禁止の原則の理解が十分でないことに加え、問題文の理解も不十分であることがうかがわれる。加えて、控訴審手続に対する理解不足に起因するものと思われるが、法律用語を適切に用いることができていない答案が少なからずあった。また、第一審の判決につき確定的に既判力が生じたことを前提としているかのように読める答案も少なからずあったが、民事訴訟の基本的な仕組みを誤解しているとの疑いを招きかねないものである。

(ア)では、控訴裁判所の心証に従えば、原判決を取り消し、請求を棄却する旨の判決をすることが想定される場所、この判決が不利益変更禁止の原則に違反するかについて、同原則の趣旨を踏まえ、控訴裁判所の判決が確定した場合と原判決が確定した場合の既判力の比較により検討することが求められる。甲債権の弁済による消滅を理由とする請求棄却判決は、Xにとって不利益変更にあたり解されるから、控訴裁判所は、控訴を棄却する旨の判決をするにとどめるべきことになる。なお、控訴裁判所のすべき判決として、「棄却判決」とする答案が少なからずあったが、「請求棄却」と「控訴棄却」とでは全く異なる判決であるから、これらが判然としない記述をするべきではない。「控訴棄却」と書くべきところを「請求棄却」とする答案も散見された。また、「控訴裁判所は(ア)のような判決をする」、「控訴審裁判所は心証どおりの判決をする」とのみ記載し、どのような判決をするのか明示しない答案も一定数見られたが、民事訴訟法の答案として、適切なものとはいえず、評価されない。

(イ)においても、控訴裁判所の心証に従えば、原判決を取り消し、請求を棄却する旨の判決をすることが想定される。丙債権による乙債権との相殺の効果は生じず、乙債権による相殺の判断が必要となり、甲債権と乙債権が相殺で消滅する結果、請求棄却であるというように、判断の過程について、順を追って一つ一つ説明できている答案は、相対的に高く評価された。また、ここでも不利益変更禁止の原則の適用を検討する必要があるが、具体的な事実関係の下で、相殺の判断に係る既判力（法第114条第2項）を検討した上で、請求棄却判決がXにとって不利益変更にあたることを指摘することが期待されたが、乙債権と丙債権の不存在についての既判力の検討までしている答案は、ごく少数であった。

(ウ)では、控訴裁判所も請求認容判決をすることが想定されるものの、乙債権の弁済による消滅により、訴訟外の相殺の主張につき判断が不要となる点を指摘し、原判決の理由中でされていた丙債権による相殺に係る判断が控訴裁判所の判決ではなされないという帰結について検討することが求められる。訴訟外の相殺の主張の判断に法第114条第2項の適用を認める通説では、丙債権に係る判断につき既判力の範囲に変更が生ずることから、控訴裁判所は、原判決を取り消し、Xの請求を認容する旨を主文とする判決をすべきことになる。この点について、原判決が確定した場合には、丙債権の不存在に既判力が生ずるが、控訴審判決については、これが確定しても丙債権の不存在に既判力が生じず、控訴審判決の方が有利であるとの点に言及し、論じている答案は、相対的に高く評価された。なお、丙債権による乙債権との相殺については、訴訟外で既に相殺がされたことを訴訟において主張するものであるが、この場合にも法第114条第2項が適用ないし類推適用されることについて検討している答案は、高く評価された。多くの答案は、第一審と控訴審で請求についての判決主文には変わりがないものの、原判決を取り消すべき理由が十分に説明できておらず、低い評価にとどまった。Xに利益でも不

利益でもないとする答案もあったが、そうであれば、法第302条第2項により控訴棄却となる。第一審判決を取り消すには、丙債権に関する判決理由中の判断に着目し、既判力に関わる変更を指摘する必要がある。また、単に「控訴認容」とだけ解答する答案もあったが、どのような判決になるのか具体的に記述すべきである。なお、訴訟外の相殺について、法第114条第2項の既判力は生じないとの立場で論ずる答案も少なからずあったが、通説の論拠も踏まえて自説の適切な論証がされていれば、相応に評価されるものの、そこまでの答案は少なく、結果として低い評価にとどまった。また、この立場による場合には、原判決でも控訴審判決でもこれらが確定した場合には、丙債権の不存在について既判力が生じない点に変わりはないから、控訴棄却との結論になるが、ここまで論ずることのできている答案はほとんど見られなかった。また、判決の主文に、乙債権が認められないなどと記載するかのような答案、400万円の支払を命ずる答案など民事訴訟の基本的な理解が足りない答案も見られたほか、学習が後回しになりがちな上訴に関する分野とはいえ、「原判決を破棄する」のように法律用語を正確に用いていない答案も見られた。

イ 設問2のまとめ

設問2は、控訴審における不利益変更禁止の原則という問題を通して、民事訴訟の基本的な理解を踏まえた論理的思考力及び論述力を問うものであるところ、多くの答案が不利益変更禁止の原則が問題なることを理解していたが、**判決効（既判力）を基準として不利益性を評価すべきことを明示できていた答案は、それほど多くなかった。**そのため、(ア)、(イ)では、それなりの論述ができていたとしても、(ウ)において、原判決を取り消すべき理由が十分に説明できておらず、低い評価にとどまった。また、思考の過程を丁寧に論ずることができたかどうかによっても、相当の差がついた。

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、(ア)、(イ)、(ウ)を通して、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、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、例えば、訴訟外の相殺の主張の判断につき法第114条第2項の適用の有無を論じないなど、論述がやや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、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、判決効（既判力）を基準として不利益性を評価すべきことが適切に論じられていないものなどである。これに対し、出題趣旨を正しく理解せず、控訴審における不利益変更禁止の原則について看過しているような答案は「不良」と評価される。

(4) 設問3について

ア 課題1の採点実感

設問3の課題1では、甲債権を認めて、XのYに対する請求を認容する旨の判決が確定した後、XがYの補助参加人であったZに対して甲債権に係る保証債務の履行を請求したという場合において、XY間の確定判決が、XのZに対する保証債務履行請求訴訟において何らかの拘束力を及ぼすかを問うものである。確定判決の拘束力としては様々なものを想定し得ることから、それらを広く取り上げた上で、それぞれの拘束力について十分に検討することが期待される。一例を挙げるならば、通説の立場から、Zは、法第115条により既判力の拡張を受ける者ではないこと、法第46条の効力は、参加人と被参加人との間の敗訴責任の共同分担という根拠から認められる特別な効力（参加的効力）であって、参加人と相手方との間に生ずることは想定されないことを論じた上で、さらに、争点効又は法第2条に基づく信義則上の拘束力の作用を認め得るか、を論ずることが考えられる。

既判力については、法第115条を引用し、既判力はZには拡張されないことを簡潔に論じた答案は高く評価された。これに対し、既判力の定義、根拠、法第114条第1項の趣旨など本問では無用の議論に字数を費やしなから、結論を支える理由が欠けているものや、既判力と参加的効力の区別が十分についていないために、いつのまにか法第46条の議論に移行してい

るものは、低い評価にとどまった。法第46条の効力を既判力とする答案もあったが、この見解について、十分な理解がないまま既判力として論ずるものは、低い評価にとどまった。また、既判力、参加的効力、反射効の区別が全くできていない答案も散見された。既判力の主観的範囲の問題を検討することなく、当事者ではない補助参加人にも既判力が及ぶとする答案も見られたが、このような答案は、全く評価されない。既判力は訴訟物に係る紛争についての蒸し返しを禁止する強い制度的効力であるにもかかわらず、安易に既判力の拡張を認めようとする答案も少なくなかった。

参加的効力については、これを課題1において論じない答案も少なからずあったが、法第46条が想定する被参加人と補助参加人との間の訴訟に関するものではないといえ、既判力の拡張を否定する以上、補助参加人に対する裁判の効力を定めた明文規定に関する検討を怠るべきではない。相手方と補助参加人との間に参加的効力が及ぶかという問題の所在を的確に捉えている答案は、半数程度にとどまった。通説的な見解に立脚した上で、敗訴責任の共同分担という趣旨が妥当するのは、参加人と被参加人との間に限定される結果、参加人と相手方との間には参加的効力は生じないと丁寧に論ずるものは、高く評価された。これに対し、特に検討することなく、相手方と補助参加人との間にも当然に参加的効力が及ぶものと解している答案は、評価されない。また、参加的効力に言及しながら、その主観的範囲を示すことなく、参加的効力の除外事由を検討し、本件において参加的効力は生じないとするものが多く見られたが、このような答案は、参加的効力が本来被参加人と補助参加人との間に生ずる効力であることを看過していることから、参加的効力の基本について理解が不十分であると評価せざるを得なかった。

争点効又は法第2条に基づく信義則上の拘束力については、丙債権に対する弁済についての検討と甲債権に係る債務の免除についての検討を分けた上で、その違いを具体的に検討しているものについては、高く評価された。一方、「争点効の当否が問題となるが、明文規定がないから認められない」と記載するにとどまるなど、最低限の考察すらされていないものは、低い評価にとどまった。

反射効については、本問においては、保証人に不利な効力が問題となっているという事案の特徴を踏まえ、実体法あるいは法第115条の基礎となる考え方に照らして、具体的な検討をしている答案は、相応に評価された。これに対し、反射効は、実体法上、保証債務は主債務に対して付従性（民法第448条第1項）を有することから、主債務が消滅した場合には、保証債務も消滅するという関係が存在することに鑑み、主債務を不存在とする判決が確定した場合には、保証人も同判決の効果を援用して保証債務の消滅を主張することができるという意味で保証人に有利なものであるところ、主債務者が敗訴した本件においてこのような反射効が保証人により援用される余地はない。それにもかかわらず、反射効を認める答案もあり、事案に即した検討ができていないものであって、評価されるものではない。また、「明文の規定を欠く」、「既判力の本質に反する」、「紛争の一回的解決に資する」、「手続保障が」などの抽象論に終始するものについても、反射効を理解していなくても書ける内容であって、それだけで評価されるものではない。

イ 課題2の採点実感

課題2は、XのYに対する請求認容判決の確定後、保証債務を履行したZがYに対して求償請求訴訟を提起した場合に、XのYに対する請求認容判決に係る法第46条の効力をZが援用し得るか、という点を問うものである。補助参加人による被参加人に対する同条の効力の援用が、同条の根拠から正当化し得るか、という点を、同条自体は、被参加人から補助参加人に対して同条の効力を援用する場合を想定していることを踏まえて論ずることが期待される。例えば、法第46条の根拠を敗訴責任の共同分担と捉える立場からは、補助参加人から被参加人に対して同条の効力を援用することは認められてしかるべきであると論ずることが考えられる

が、このように論ずる場合には、同条が被参加人から補助参加人への援用を想定していることとの整合性をどうつけるかについても一定の説明が求められる。

しかしながら、設問にそのヒントが示されているにもかかわらず、法第46条の条文構造と本課題の状況とのミスマッチに気付いている答案は、ごく少数であった。典型的な論点ではないが、問題文をよく読めば、手掛かりはつかめるはずである。L2の最後の発言において、「この場合は、前訴である本件訴訟の補助参加人が被参加人に対して前訴確定判決を援用するという珍しい構図になって」いる旨の指摘に注目し、法第46条柱書の「補助参加人に対してもその効力を有する」という文言から、同条は「被参加人が補助参加人に対して」前訴確定判決を援用するという構図を想定していることに気付けば、民事訴訟法の想定と本事案とは、援用の主体と相手方が逆転しているという関係に思い至ることが可能である。いずれにしても、条文の文言の内容や構造、その趣旨を関連付けた理解を出発点とする基本的な学習の姿勢がいかに重要であるかを再度確認してほしい。

補助参加人による参加的効力の援用を、法第46条の文言自体は予定していないように解し得ることを踏まえた上で、参加的効力が認められる根拠と同条の文言の双方に折り合いをつけながら、一定の結論を論証する答案は、高く評価された。多くの答案が法第46条の根拠論から検討していたが、積極的に補助するために参加したわけではない被参加人が不利な参加的効力に拘束される理由について指摘する答案は、必ずしも多くはなかった。また、事案に即した検討をすることも、論ずる実益を示すこともないまま、参加の利益について長々と記述するなど、単に補助参加に関する論証パターンを記述している答案が少なからずあったが、このような答案は、評価されない。その他には、YZ間で求償をめぐる利害対立が生じているので参加的効力は生じないとする答案も見られたが、参加的効力が生ずる典型例をそもそも理解していないことがうかがわれる。また、参加的効力を及ぼすことが、どちらの当事者の利益になるかという点が混乱している答案もあった。ZがYに対して求償をする場面において、YがZの訴訟行為を妨げたことを理由に、法第46条第3号に当たるとして、Zが参加的効力を主張することができないとすることは、Yが甲債権の不存在を改めて主張することができることになり、実際の訴訟であれば、おかしい主張になることに気が付くべきであろう。

ウ 設問3のまとめ

設問3の課題1は、確定判決に基づく何らかの拘束力について特段の限定をせず問うているので、既判力、参加的効力、争点効を含めた信義則上の拘束力等が検討の対象となり得る。これらの判決効を広く取り上げた上で、それぞれについて十分な検討をした答案は、高く評価された。課題2は、典型的な論点ではないが、法第46条の条文構造と本課題の状況とのミスマッチに気づき、一定の論証をするものが高く評価された。いずれも一筋縄ではいかない設問ではあるが、条文、制度趣旨、そして、原理原則を出発点として、丁寧な論理の積み重ねをしていけば、正答することは十分に可能である。実際に、そうした基本に忠実な思考の展開をすることができた答案は、少なくなかった。

「優秀」に該当する答案は、上記のとおり、課題1及び課題2のいずれについても、出題趣旨を正しく理解した上で、過不足のない論述をするものである。また、「良好」に該当する答案は、例えば、課題1で十分な論述をしつつ、課題2では、参加的効力が認められる根拠に照らして、補助参加人による援用は認められるべきであるとする一方で、法第46条の文言自体はそのようなことを予定していないように解し得ることに意識が向いていないものなどである。「一応の水準」に該当する答案は、課題1及び課題2のいずれについても、出題趣旨を理解していることが読み取れるものの、課題1において、一部の効力についての検討にとどまるものなどである。これに対し、課題1や課題2を通じ、出題趣旨を正しく理解しないものや、総じて基礎的事項の理解が不足している答案は「不良」と評価される。

なお、「第46条第1項第3号」や「第46条本文」など法第46条の摘示を正確にするこ

とができない答案が一定数あった。日頃の学習における条文の軽視、すなわち、基本の軽視という姿勢の現れであるといえる。

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、出題趣旨とは関係のない論述や解答に必要な論述をする答案、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強い懸念を生じさせる。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堅実な法適用が軽んじられているのではないかと強く懸念される。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、基本法制の体系的な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、設問1や設問3の課題2が定型的な論証を暗記するだけでは解答が難しく、設問2においては、論理的思考力も試されており、上記のような法律実務家に望まれる能力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ったことに鑑みると、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。本年の問題においては、設問2を解答するに当たっては、要件事実の構造や上訴について理解している必要があるところ、要件事実の理解が十分ではないのではないかと懸念される答案が少なくなかった。また、法律実務家になれば、すぐに上訴の問題に直面することが予想されることからすると、法科大学院においても、上訴に関する教育に配慮することが望まれる。実務と関連付けることなく、民事訴訟法の効果的な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。