

司法試験

---

司法試験 採点実感分析会  
講師レジュメ①

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0<sup>0</sup>001212 180641

LL18064



## 平成30年度 司法試験 採点実感の分析会〔無料公開講座〕

### 講師レジュメ①

今回は、平成30年度の司法試験の採点実感を題材に、今後の試験に役立つような知識や思考方法の分析をしていきます。

今回の公開講座の使用教材は次のとおりです。

講師レジュメ①：採点実感に、私が、下線や〔角ばった括弧〕などの装飾を施したもの。

講師レジュメ②：問題文に、私が、手書きで下線を付したりメモを書き入れたりしたもの。

なお、平成30年度の司法試験の**私の答案例**は、司法試験のパンフレットに掲載されている「**矢島の最新過去問&ヤマ当て講座**」の**使用教材**となっています。解答に当たっての思考方法を本格的に学習したいという受講生は、そちらの講座を利用して学習してください。

平成30年12月16日

LEC専任講師 矢島純一

### 目次

平成30年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）	2
平成30年司法試験の採点実感（公法系科目第2問）	6
平成30年司法試験の採点実感（民事系科目第1問）	14
平成30年司法試験の採点実感（民事系科目第2問）	22
平成30年司法試験の採点実感（民事系科目第3問）	33
平成30年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）	42
平成30年司法試験の採点実感（刑事系科目第2問）	48

## 平成30年司法試験の採点実感（公法系科目第1問）

### 第1 総論

#### 1 問題文に即した検討の必要性について

- ・ 本問の設定は、条例の制定に当たり法律家として助言を求められているというものである。  
この設定を離れて無理に対立当事者を設定し、全ての論点について形式的に違憲・合憲双方の主張を対立させて自らの見解を述べる答案が散見されたが、期待されているのは、法律家としての自らの見解を十分に展開する中で、必要に応じて、自らの見解と異なる立場に触れる形で、論述をすることである。
- ・ 主張、反論、私見という構成を取る答案も一定程度見られたが、本問における問われ方に即していない。  
強引に主張、反論の構成を取っている答案は、極端な内容の記載や重複した記載をするなどして、肝心な具体的検討がおろそかとなっており、また、最終的に法律家としてのどのような見解に立つのかの結論が非常に分かりにくいものとなっていた。

#### 2 指摘すべき憲法上の権利について

- ・ 購入側の知る自由及び販売側の営業の自由について、ほとんどの答案が言及できていた。
- ・ 本問では、規制内容を理解し、それが憲法上のいかなる権利との関係で問題になるのかを特定する必要がある。  
普段から法律や判例等でその適用が問題となる具体的事例をしっかりと読み解いている者は、本問の規制内容について適切に理解できたと思われるが、用語のみを暗記するような勉強法であった者には本問の規制内容のポイントが理解し難かったのではないと思われる。  
初見の法律の読み解きが求められるのは、司法試験では憲法など一部の科目に限られるが、法律家にとって重要な能力であり、憲法の試験対策という狭い視野でなく、こうした広い視野に立って、分野を問わず、普段の学習の中で意識をしてもらいたい。
- ・ 本問は、我々が日常経験することの多い事象を扱っているが、規制図書類やこれを規制することの影響について現実感をもった的確にイメージできていないと思われる答案が少なかつたことは残念であった。

#### 3 論述内容全般について

- ・ 権利の性質や制限の態様を踏まえて違憲審査基準を定立し、当てはめるという基本的な判断枠組み自体はほとんどの答案に示されていた。  
他方、判断枠組みを示さなかつたり、観点のない事実の比較や政策的当否の議論に終始したりする答案も見られたが、そのような答案は、憲法論を適切に展開したものとは言えない。
- ・ 違憲審査基準を定立するについて説得力の乏しい答案や、目的の審査が極めて雑なもの、手段審査がその違憲審査基準に沿っていないもの、具体的な理由を示すことなく形式的に当てはめただけのもの、自らが定立した基準と当てはめが実質的に齟齬しているものが見られた。  
逆に、目的や手段の審査において、自分なりに理由を示して、実質のある十分な検討を行っているものは全体としても高く評価できた。

- ・ 立法目的が重要だから審査基準が緩和されるのかについては十分な議論が必要であり、その点を意識した論述が必要である。
- ・ 本問では法律家としての意見を問われているのであるから、基本的には、条例案の規制について、違憲か合憲かの結論が示されるべきである。

#### 4 判例への言及等

- ・ 問題文において「参考とすべき判例…を踏まえて」論じるように求めているにもかかわらず、全く判例に言及しない答案が少なからず見られた。問題文にそのような要求が明示されていなくとも、本来必要などころでは関連する判例に言及するなど、それを意識した論述をすべきであろう。なお、判例に言及する場合には、単に事件名や結論を提示するのみでは十分とは言い難い。
- ・ 本条例案は、例えば、岐阜県青少年保護育成条例事件と比べて、規制対象の範囲、対面式販売に対する規制であること、規制目的が青少年保護にとどまらないことなどの違いがあり、上記事件の判例で直ちに合憲とできる射程を超えている可能性がある。こうした本条例案と判例の事例との異同を指摘して論じている答案は、論述に説得力を感じられた。

### 第2 本条例案の内容の理解

- ・ 本条例案の規定内容について正しく理解せずに論じているものが見られた。特に、条例案の規制対象を刑法第175条が規制するわいせつ表現と同視ないし混同する答案が広く見られた。条例案と類似の問題状況には、実在する青少年健全育成条例による有害図書類の規制があり、そのような問題状況については普段の学習の中で当然触れているべきである。
- ・ 条例案第7条の規制図書類の定義に関して指摘すべき着眼点は種々考えられるところ、所定の画像・図画をわずかでも含む図書類は規制図書類となってしまうことを一つの重要な点として指摘することも考えられる。すなわち、同条のもとでは、政治や社会に関する公共的な話題についての記事とともに、ヌードグラビア等も掲載しているような週刊誌等も規制図書類となってしまうのであり、このような点に気づき指摘するなどした答案は、高く評価できた。
- ・ 条例案の規制目的を青少年の健全育成のみで論じているもの、条例案第8条各項の規制内容・方法の違いを区別できていないもの、同第8条第2項の規制区域の設定基準となる「学校」に大学が含まれているなどと誤解したまま規制の合理性を論じているものが散見された。

### 第3 知る自由

#### 1 規制の明確性・広汎性について

- ・ 明確性の論点に全く触れない答案が期待に反し少なくなかった。また、明確性を論じていても、本問で明確性が求められる趣旨について述べず、機械的に萎縮の効果があるなどと書いているものが目についた。

- ・ 明確性の論点と、過度広汎性の論点とが区別されていない答案が散見された。確かに、両論点は同時に問題となることが多いが、観念的には異なる問題であり、区別ができていないか否かは、曖昧な規制や過度広汎な規制がどのような理由で表現の自由や罪刑法定主義にとって危険であるのかを正確に理解することと関わってくると思われる。

## 2 知る自由の制約に関する論述について

- ・ 規制図書類の購入者の側から知る自由の制約を論じるときは、まず知る自由の内容とその憲法上の根拠に触れた後、青少年と18歳以上の者のそれぞれについて、条例案の規制に即してその合憲性を検討しなければならない。知る自由についての一般論は多くの答案が正確に解答していたが、中には、少数であるが、表現の自由の一点張りで知る自由が出てこないもの、知る自由の憲法上の根拠として憲法第13条のみを援用するものもあった。
- ・ 知る自由の制約に関し、本条例案の二つの目的を踏まえ、それぞれの目的の重要性や規制手段との関連性を区別して論じられている答案は高く評価された。
- ・ 知る自由について、極めて厳格な違憲審査基準を立てながら、本事例を無理に当てはめて合憲の結論を導いている答案が見られたが、十分な論拠を挙げて論じられていないため、論理性や一貫性を欠いて説得力に乏しい答案と感じられた。
- ・ 規制図書類に接することにより青少年の健全育成が害されるという想定の適否について、実証的な根拠が薄弱であるなどの批判的な視点にも触れた上で、岐阜県青少年健全育成条例事件の判示も援用しつつ自らの立場を示すことができていた答案は高く評価された。例えば、特に規制区域で取扱いが全面禁止されることについて、陳列そのものがなぜ青少年の健全育成を阻害することになるのかを問う指摘などは鋭い指摘といえる。
- ・ 成年者の「知る自由」や事業者の営業の自由の制約の文脈で「パターンリズム」という答案が少なくなかったが、キーワードは覚えていてもその意味内容や趣旨等を正確に理解していないものと評価せざるを得ない。
- ・ 不快なものを見たくないとか、あるいはおよそあるものを見たくないという感情の保護それ自体を当然のように制約目的として肯定し、場合によっては更にそれを憲法第13条や第21条に基づく権利であるとする答案が目についた。この種の利益保護を制約目的として認めることについて、検討ないし一定の留保が必要であるとの意識を持ってもらいたかったところである。

## 第4 営業の自由

- ・ 販売者の側から営業の自由の制約を論ずるときは、日用品等の販売店での販売規制、学校から200メートル以内における販売等の規制（いわゆるゾーニング）、隔壁による規制等の態様に応じて区分して論ずることは、一定の答案が対応できていた。さらに、条例案の二つの規制目的との関係で必要かつ合理的な規制といえるかどうかを丁寧に論じた出題の趣旨にかなう答案は高く評価された。

- ・ 条例案第8条第1項の関係で規制図書類を扱っている店舗は一部に過ぎないという**事実**や、同第8条第2項の規制によって大きな影響を受ける店舗は10店舗に過ぎないという**事実の考慮方法**が答案によって大きく分かれた。また、既存の店舗が移転や廃業を迫られることについての評価も分かれた。民主制の過程で看過されうる少数者の人権を守ることに憲法の目的があることからすれば、単純に影響を受ける者が少ないことのみで制約の程度が小さいと判断するのは疑問がある。

注：民主制と民主政 →政体（政治体制・国家の統治形態）の意味で用いるときは「民主政」といい、制度の意味で用いるときは「民主制」という。

## 第5 そのほかの論点

### 1 刑罰法規の明確性

- ・ 表現の自由だけでなく、刑罰法規の在り方としても明確性が問題となり得ることを看過するものが少なくなかった。

### 2 法律と条例との関係、補償の要否等

- ・ 法律と条例の関係、既存の条例との関係及び憲法第29条の補償の要否については、問題文には、これらの点について評価するための具体的事実は含まれておらず、これらに言及することは期待されていない。
- ・ 学校から200メートル以内における販売等の禁止に関しては、長年、主として規制図書類を販売してきた事業者にとっては、ほとんど営業が不可能となり得ることもあり、そうした中に「**特別の犠牲**」ともいふべき**状況**があり得るとすれば、憲法第29条の補償の要否を議論すべき**余地**はあり、一定の前提をおいてこの点を論述することが否定されるものではない。

## 第6 形式面の注意点

- ・ 見出しを細かく立て、改行を繰り返してその度に記号を振るなどして、論述を極端に細分化している答案が認められたが、こうした記述は論述というより箇条書きのようなものとなり、かえって論旨が分かりにくくなっており、このような論述の仕方は避けるべきである。
- ・ 憲法の条項の正確な摘示や法律上重要な語句の正確な表記などに心掛けてもらいたい。これらに誤りがあると、理解そのものがあやふやであると受け止められてもやむを得ない。また、判読できない文字で書かれたものや文章として意味が通らない記述なども見られた。時間の制約はあるが、読み手を意識し、文章として理解できる記載をするよう留意してもらいたい。

## 平成30年司法試験の採点実感（公法系科目第2問）

### 1 出題の趣旨

別途公表している「出題の趣旨」を参照いただきたい。

### 2 採点方針

採点に当たり重視していることは、例年と同じく、問題文及び会議録中の指示に従って基本的な事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析・検討し、問いに対して的確に答えることができるか、基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応の言及をすることのできる応用能力を有しているか、事案を解決するに当たっての論理的な思考過程を、端的に分かりやすく整理・構成し、本件の具体的事情を踏まえた多面的で説得力のある法律論を展開することができるか、という点である。決して知識の量に重点を置くものではない。

### 3 答案に求められる水準

#### (1) 設問1(1)

- ・ 処分の名宛人以外の第三者であるD、Eに原告適格が認められるかどうかの検討に当たって、第三者の原告適格の判断枠組みを適切に提示し、Dが既存の墓地の経営者であること、EがB市墓地等の経営の許可等に関する条例（以下「本件条例」という。）第13条第1項第2号に該当する施設の経営者であることを踏まえ、D、Eそれぞれについて、手掛かりとなる本件条例等の規定を挙げて根拠法令の趣旨目的を検討し、また、考慮される損害の性質程度も踏まえて被害利益の内容性質を検討した上で、D、Eの原告適格の有無についての結論を導いているものは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、例えば、手掛かりとなる本件条例等の規定の内容を踏まえ、その規定からDの墓地経営に関する利益やEの本件事業所運営を適切な環境の下で円滑に行う利益などを保護することが根拠法令の趣旨目的に含まれるかどうかを説得的に論じ、また、考慮される損害の性質程度について事案を踏まえ具体的かつ詳細な検討がされているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、例えば、手掛かりとなる本件条例等の規定を複数挙げるなどして、根拠法令の趣旨目的や被害利益の内容性質について多面的に検討を加えているもの、設置許可の対象となる施設に関していわゆる位置基準を定めた規定がある場合の当該施設の周辺に居住する者等の当該設置許可処分の取消しの訴えに係る原告適格について判示した最高裁判所平成21年10月15日判決（民集63巻8号1711頁）に言及して検討がされているものなどは、優秀な答案と判断した。



## (2) 設問 1(2)

- ・ 本件許可処分がB市の裁量に基づくものであることを前提に、Eが主張する違法事由につき、①Eの事業所について本件条例第13条第1項の距離制限規定の適用があるというEの主張を指摘した上で、DとEとの関係から、権利濫用、信義則違反といった理由によりEは距離制限規定の違反を主張できないとするB市の反論を論じ、②Cが本件墓地の実質的な経営者であり、Aは名義貸しをしたものであるといえるかどうか、また、そのような行為が許されるものであるかどうかを検討し、③Eの①、②の主張について行政事件訴訟法第10条第1項による主張制限の適用の有無が問題となることが論じられている答えは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、例えば、本件許可処分がB市の裁量に基づくものであることをその理由と共に明示し、①について、Eの主張が権利濫用、信義則違反に当たると解する根拠となるDとEとの関係に関する具体的な事情を詳細に述べ、②について、Cが実質的な経営者であると解する根拠となる事情を具体的かつ詳細に述べ、名義貸しが禁止される実質的な理由について詳細に検討しているもの、③について、行政事件訴訟法第10条第1項の判断基準について述べた上で、Eの①、②のいずれの主張についても具体的な当てはめの検討をしているものなどは、良好な答案と判断した。
- ・ さらに、例えば、本件許可処分がB市の裁量に基づくものであることについて、要件裁量、効果裁量の別を意識した論述がされ、①について、DとEとの関係に関する事情を多面的に論じており、②について、名義貸しが禁止される実質的理由について本件条例の条文を複数挙げるなどして多面的に論じているものなどは、優秀な答案と判断した。

## (3) 設問 2

- ・ 会議録に記載された(7)の点について、Aの主張として、周辺の環境の悪化を懸念する近隣住民の反対を理由として不許可処分をすることは他事考慮であって認められないこと、Aは環境に対する配慮をしていることからして環境の悪化を理由として不許可処分をすることは裁量権の範囲を逸脱することといったものを相応の根拠と共に挙げた上で、それに対するB市の反論を、本件条例の規定の内容や法令の趣旨目的を指摘するなどして論じ、会議録に記載された(4)の点について、Aの主張として、B市内の墓地の需給状況を考慮して本件不許可処分を行うことは他事考慮に当たるといったものを相応の根拠と共に挙げた上で、それに対するB市の反論として、本件条例の規定の内容や法令の趣旨目的などを手掛かりに、本件不許可処分に当たって墓地の需給状況を考慮することは裁量の範囲を超えるものではないことを論じている答えは、一応の水準に達しているものと判断した。
- ・ これに加えて、例えば、(7)及び(4)のいずれについても、取り上げた主張に対する反論として想定される見解を踏まえて主張の根拠について説得的な論述がされているもの、それぞれの主張について根拠を複数挙げるなどして多面的な検討がされているものなどは、その程度に応じ、良好な答案又は優秀な答案と判断した。

## 4 採点実感

以下は、**考査委員**から寄せられた**主要な意見**をまとめたものである。

### (1) 全体的印象

- ・ 問題文、**会議録**をよく読まず、例えば、**問題文**の「【検討会議の会議録】を読んだ上で、弁護士Fの立場に立って、設問に答えなさい。」という**指示に従っていない答案**、**設問1(1)**について、D、Eの原告適格の有無につき、それぞれの主張を整理するだけで結論を示していない答案、**設問1(2)**や**設問2**の問題文で、「これに対してB市はどのような**反論**をすべきか、検討しなさい。」とされているにもかかわらず、B市の反論を述べていない答案、**設問1(2)**で、問われていないDの主張を述べる答案、**設問1(2)**について、会議録に現れている論点であるにもかかわらず行政事件訴訟法第10条第1項による主張制限に触れていない答案、**設問1(2)**で、「本件条例は適法であるとの前提」に立つよう指示されているにもかかわらず、法に定めがない墓地経営主体の限定を条例で定めているので本件条例は違法であるとの記述がある答案など、**問題文の問いかけに対応しない形で記述された答案**が少なからず見られた。
- ・ **論理的な構成が明らかでないもの、何のためにその論点を論じているのかを記載せず、論点をそのまま抜き出して、唐突に書き始めるもの、反論の前提となる主張を説明せずに、いきなり反論から書き始める答案など、答案の構成に問題**があるものも見られた。
- ・ 時間が足りず、設問2の記載がない、あるいは、ほとんど検討がなされていないという答案は少なくなかった。解答に当たっては、**時間配分**にも配慮が必要であろう。
- ・ **設問1(1)**においては、墓地、埋葬等に関する法律（以下「法」という。）及び本件条例は墓地経営者の経営の安定等を保障していないとする結論を採る**一方、設問2**においては、反対の結論を示して、本件不許可処分が適法であるとするB市の主張を支持する解答をしたものが見られた。また、例えば、論述の途中では、原告適格があるとの結論を述べていたにもかかわらず、最終的には原告適格がないとしている答案もあった。**論述中において中間的な結論、複数の考え方の可能性や仮定的議論**等を述べる趣旨であれば**それに沿った表現**をすべきであろう。
- ・ 基本的な論点の判断枠組みの論述についてはよく書けているのに対し、**法令の趣旨を検討するための規定や事実関係**が十分に挙げられていない答案が少なくなかった。
- ・ 行政法学の**基本概念**に関する**基礎理解が不十分**である、又はその**理解に問題がある**と思われる答案があった。例えば、**講学上の許可であるから広い裁量が認められるとするもの**、**授益的処分なので要件裁量が認められるとするもの**、**本件条例第13条第1項柱書の「支障がないと認めるとき」の判断に「効果裁量」が認められるとするもの**、**本件条例を法第10条第1項に基づく委任条例であると性格付けるもの**などである。
- ・ 条文の引用が不正確であるものも目についた。また、**条例の引用**が概括的なものも目立った。すなわち、**本件条例第13条と引用するのみでは、第何項を指しているのか不明**であるし、**同条第1項と引用するのみであれば、第何号を指しているのか不明**であって、**第何項第何号まで引用すべき**である。

- ・ 例年指摘している事項であるが、乱雑に書き殴りほとんど判読不能であったり、字が小さすぎて潰れて読めない答案が少なからず存在した。例えば、「違法」と「適法」を判別できないものがあり、このようなものについては、その部分について得点することが困難となってしまうことに留意されたい。制限時間の問題があるとはいえ、他人に読んでもらうために答案を作成していることを念頭に置き、少なくとも読みやすい字を書くことを心掛けていただきたい。
- ・ この点も例年指摘していることであるが、「多事考慮」等、行政法上の基本的な用語に関する誤字が見られた。また、さして難しくない基本的な用語をひらがなで記述する答案も散見された。

## (2) 設問 1(1)

- ・ 原告適格を論じないで、本案の違法主張を論じるなどした答案があり、この中には問題文の読み違いに起因するものもあるように思われる。しかし、問題文や会議録の全体をよく読めば、このような読み違いは生じないであろう。
- ・ Eが意図的に本件事業所を本件墓地の近くに移転したことは、原告適格の有無においては検討する必要がないことは会議録に明示されているが、この事実を指摘してEの原告適格を否定する答案が散見された。問題文や会議録の指示については注意を払っていただきたい。
- ・ **第三者の原告適格**について、基本的な**検討方法が身につけていない**答案が少なくなかった。行政事件訴訟法第9条第2項の文言からすれば、まずは原告が処分の相手方以外の者であることを確認することが出発点であるが、確認ができていない答案が目についた。
- ・ 原告適格の判断枠組みは多くの答案で適切に理解されていることがうかがわれた。他方で、個々の論証水準にあっては差が見られた。まず、**原告適格**を基礎付ける**根拠法令**については、関係する規定を適切に挙げて検討することができていない答案も少なからずあった。中には、法第1条の目的規定のみを挙げ、「宗教的感情」、「公衆衛生」、「公共の福祉」という文言のみから、DやEの原告適格の有無を検討し、本件条例の規定についてはほとんど触れていない答案も見られた。また、法律上保護された利益説に立脚し一般的な判断枠組みを示しているにもかかわらず、保護利益に関する根拠法令の趣旨や被侵害利益の内容性質の検討が不十分であった（さらには全く欠けている）答案も少なくなかった。単に原告適格の判断枠組みを提示するのみならず、その内容を理解した上で、事案に即した検討を行うことが求められる。
- ・ DとEの**それぞれの原告に対応した保護規定と被侵害利益の整理が正確にされず、別の原告に関する保護規定や被侵害利益を誤って挙げている**答案が少なくなかった。今回登場する原告らの立場は明確に区別できるものである一方、関係規定はやや多かったのでこれを原告ごとに適切に整理することには一定の学習水準が求められるものと思われる。
- ・ Dが本件土地から約80メートルの場所に**土地を所有していること**をもって原告適格を認める**答案もあったが、財産権保有ということと、本件の関係法令との関係が論じられておらず、思考過程が分かり難い**答案となっていた。

- ・ Eの原告適格の有無の検討において、本件条例の規定にほとんど触れず、Eの受ける損害について論じた上で（例えば、生活環境の悪化によって何らかの生命身体への侵害があるとして）、直ちに原告適格の存在を認めているものが多かった。このような答案の多くは、Eの原告適格については最も手掛かりになるはずの距離制限規定にはほとんど触れていないことになり、原告適格に関する論述についてややバランスを欠いたものとなってしまふ。
- ・ 考慮される損害の性質程度の検討では、Eについて、事業者としての業務上の不利益と利用者の生活・衛生環境上の不利益との区別を明確に意識しないままに論じている答案もあった。

### (3) 設問 1(2)

- ・ 法令上の要件該当性判断と行政の裁量権の逸脱濫用の基本的区別がについていない答案が少なからず見受けられた。例えば、本件条例第 1 3 条第 1 項本文の距離要件について「考慮しないのは裁量権の逸脱」とする答案は、理解が不正確ではないかと考えられる。
- ・ 行政裁量が認められる実質的根拠について、例えば、「専門性」とだけしか述べない答案が少なくない。教育や科学技術など一定の分野に関する専門家・専門組織の判断の尊重なのか、政治的判断・公益の見地からの判断の尊重なのか、全国一律で基準を定めるべきでなく地域の特性や地域住民の意見をしんしゃくすべきゆえに認められる裁量なのかなど、事案の特性を踏まえてもう少し適切な理由付けを考えて説明してほしい。  
 また、Aが名義貸しをしているのではないかという点の論述において、「墓地の経営者を誰とみるかは、B市長の専門技術的な判断に委ねられる」と述べるのは明らかに無理があるように思われる。
- ・ 裁量の根拠として、法第 1 0 条第 1 項や本件条例の規定との関係を論じている答案は少なかつた。行政裁量の存在は、行政処分等に何らかの「専門的技術的」な性格が認められれば、直ちに認められるわけではなく、個別法の規定についても検討される必要があるが、このような検討ができている答案はあまり多くなかつた。
- ・ 法第 1 0 条第 1 項の許可について、「効果裁量が認められる」と述べているにもかかわらず、当てはめの段階では、処分要件に関する裁量を検討する答案や、その逆に、「要件裁量が認められる」と述べながら、許可を行うか否かの裁量を検討する答案が見られた。単なるケアレスミスなのかもしれないが、要件裁量や効果裁量といった基本的な概念の意味を理解していないのではないかの疑念が生じる。
- ・ 距離制限規定に違反するというEの主張が権利濫用であるといった主張や、権利濫用であることを基礎付ける事実については多くの答案がおおむね的確に指摘していたように思われる。また、Cが実質的経営者であること（名義貸し）が、法の趣旨に照らしなぜ問題になるのかについても、多くの答案において検討がされていたように思われる。
- ・ D所有土地上にEが本件事業所を設置していることについて、墓地等の土地の所有権に係る規制と混同して、本件条例第 1 3 条第 3 項違反を主張する答案があつた。

- ・ 距離制限規定に関し、「本件条例第13条第1項柱書が定める100メートルにわずか20メートル足りないだけであるから許可すべき」とする答案が複数あった。同項但書があるとはいえ、**法令上の基準の意義**（本問において本件条例は『少なくとも最低限遵守しなければならない事項を具体的に定めたもの』という前提がとられている）に関する**理解が不十分**である（少なくともより丁寧な説明が必要である）と思われる。同様に、名義貸しについて、「実質的に宗教的感情に対する配慮ができたり経営の安定性があれば問題にならない」というのは、**法令が定める要件との関係**をより**丁寧に説明**する必要があるのではないかと。
- ・ Eによる事業所設置につき、権利濫用などといった**法的評価**を与えていない答案がまま見られたが、**事実の法的評価を行うことは論証の基本**である。また、**なぜ権利濫用などに当たるかについても、問題文や会議録に示された内容からどの程度関係する点を挙げているか**については答案ごとの差が見られた。
- ・ **権利濫用**につき、「阻止するため」「意図的に」「あえて」というような**主観的目的**のみ記載して、本件説明会（本件申請）後に設置したというような客観的事実の指摘がない答案が多かったが、該当する事実を丁寧に拾うことが求められる。
- ・ 「**名義貸し**」について、なぜ「名義貸し」に当たるかにつき、問題文や会議録に示された内容からどの程度関係する点を挙げているかについては個人差が見られた。「名義貸し」が許されない理由についても同様である。
- ・ **行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限**の有無については、多くの答案で触れられていたが、同項の条文に全く触れていない答案や、何らかの検討を経ることなく、主張制限が認められるあるいは認められないとの結論のみを簡単に指摘する答案も見られた。本問における**主張制限**については、学説上、いくつかの見解が成り立つところであるが、**いずれの見解に立つにせよ、その理由を検討することは必要**である。
- ・ **行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限**については、「自己の法律上の利益に関係しない利益は、同項の「自己の法律上の利益」に当たらない」といった**同語反復の説明**をするにとどまっている答案が少なくなかった。ここでは、上記の「自己の法律上の利益」が原告適格を基礎付ける利益と同一であるのか、又はそれより広範な利益も含まれるのかが問題とされていることを意識して論ずる必要があったように思われる。
- ・ **行政事件訴訟法第10条第1項の判断枠組み**を示すに当たり、同法第9条第1項の「法律上の利益」と同一文言であることのみを理由とする答案が目立った。**例えば、同法第25条第2項の「重大な損害」と同法第37条の4第1項の「重大な損害」が同じ意味でないように、上記の点の指摘のみでは理由付けとしては必ずしも十分なものとはいえない**。
- ・ **行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限**について、Eへの当てはめをしていない答案が多かった。
- ・ **行政事件訴訟法第10条第1項の主張制限**に関する判断枠組みについては、諸説あるものの、結論のいかんにかかわらず原告が処分の相手方であるか否かが重要なポイントである点では大方の合意があるように思われるが、Eが処分の相手方以外の者であることを踏まえた検討を行っている答案は極めて少なかった。

#### (4) 設問 2

- ・ 法令が求める考慮事項や他事考慮について判断せず、直ちに利益衡量を行っている答案が少なからず見受けられた。
- ・ 会議録には、「(ウ)については…検討を省略しましょう」とあることから、(ウ)及び(イ)について検討すれば足りるのに、(ウ)についても検討している答案が散見された。
- ・ 不許可処分<sup>の違法性が問われているのに、理由不備の手続違反を延々と論じたものなど、知っている論点を軽重を考えずに論じるものがあったが、会議録を読んで、問われていることに素直に答えてほしい。</sup>
- ・ 市長が反対運動を理由に不許可処分を行った点と墓地の供給過剰の点のそれぞれにつき、法的評価を加えた上でAの主張及びB市の反論を考えていくことが基本である。しかし、この点が不十分である答案が少なくなかった。本件では、市長の裁量判断と絡めた上で論じられる必要があったが、この点が理解されておらず、問題文の事実関係を単純に関係規定と照らし合わせた上で適法違法を論ずる答案も少なくなかった。行政法の解釈枠組みに照らした上で事実関係を法的に評価していくことが望まれる。
- ・ 他事考慮に当たるか否かの具体的な検討に際し、関連法令の文言や趣旨の検討等を踏まえることなく、自らの価値判断から直接結論を導こうとするものが相当数見られた。例えば、高齢化社会においては墓地の重要性が高いため、供給過剰を考慮することは他事考慮に当たらないと論ずるものなどである。また、問題文に記載されていない事由であり、かつ、そのように断定するだけの根拠も見当たらない内容を論拠とする答案もあった。

注：他事考慮を論じる際は、前提として、処分の根拠法令が処分にあたり処分庁にどのような事項を考慮することを求めているのかということ、処分の根拠法令の文言や趣旨目的などから明らかにしておくことよい。試験時間や答案全体のバランスとの関係で、この点を答案上明示できないときでも、こうしたことを頭の中で理解しておくことは必要である。
- ・ B市の反論で、Aの周辺環境への配慮が不十分であるから不許可処分が違法ではないと反論すべきと記載する答案が相当数見られたが、そのように論じる前提として、許可処分に当たってはB市長に要件裁量があることや裁量判断の考慮要素としてAの配慮が十分といえるのかを検討することが許容されることを指摘する必要があるものと考えられ、上記の記載のみでは不十分であるといわざるを得ないと考えられる。
- ・ Aがすべき主張としてB市内の墓地の供給が過剰となるか否かを考慮することが他事考慮であるという指摘は多くの答案でされていた。その一方で、B市の反論として、裁量判断としてB市内の墓地の供給状況を考慮することが許容されるという指摘自体は多くの答案でされていたが、そのような裁量判断が許容される根拠として、原則としてB市内で墓地を経営することができるのが公共団体であるとされていることや、そのような制限が墓地の公益性や経営の安定性の要請に由来することを指摘できている答案は少なかったように思われる。

## 5 今後の法科大学院教育に求めるもの 【注：受験生に求めるものとして読むとよい】

本年の出題も、昨年と同様に、書くべき論点が問題文及び会議録において明らかになっており、論ずべき問題点の検討・把握にそれほど困難を要するものではなかった。したがって、本問は、重要な最高裁判例や行政法上の概念等の正確な理解に基づき、本件事案に即した適切な見解を導く応用能力が発揮されているかどうかによって、評価に大きな差が出る出題であったといえる。具体的には、問題文等で示されている様々な事実を拾い出し、これについて適切に法的評価を行う能力や、与えられた条文から、法令の趣旨を検討する手掛かりとなる規定を見つけ出し、その趣旨を適切に読み解く能力、これらを踏まえて論理的な思考に基づき分かりやすく説得的な論述をする能力が求められたといえる。このような能力、特に上記のような作業を短時間に的確に行う能力は、広く法律実務家にとって必須の能力であるといえ、法科大学院においては、このような能力が身につくような教育が目指されるべきであると考えられる。

判例や行政法上の概念といった基礎的知識の学習はもちろん重要であり、法科大学院におけるこれらの教育は今後も続けられるべきであろう。しかし、法科大学院においても、それにとどまらず、適切な条文を指摘しつつ、具体的な事実関係を規範に的確に当てはめる訓練をする教育を一層行う必要があると考えられる。判例の基準や各種概念を知識としては前提としているものの、上記のような具体的な当てはめの検討をすることなく、短絡的に解答を導く答案が少なくないことからこのような教育の必要性が考えられる。

## 平成30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（平成30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ことどまらず、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び具体的事実を注意深く分析し、法的な観点から適切に評価する能力を確かめることとした。これらを実現するために、一つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに、必要な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点を与えることとしたことも、従来と異ならない。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じても点を与えることとした。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(4)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、これらほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。また、答案の全体的傾向から感じられたことについては、(4)で紹介することとする。

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



(1) 設問1について

ア 設問1の全体的な採点実感

設問1において論ずべき事項は、これを大きく分ければ、①種類債務の特定の有無、②危険負担（民法第534条第2項）の適用の有無、③危険負担における「債務者の責めに帰することができない事由」の有無の判断であり、③についてはさらに履行補助者の過失及び弁済の提供又は受領遅滞若しくは受領義務違反の効果（債務者の目的物保管義務の軽減及びその軽減後の義務の内容、対価危険の債権者への移転等）を内容とする。

全体としては、①の種類債務の特定と②の危険負担の適用の有無については比較的多くの答案が一定水準の論述をしていたが、③に関してはここに含まれる問題点に気が付かなかった答案も多く見られ、ここが評価に大きく差が付く要因となっていたといえる。

他方で、評価が低くなった答案を中心として、買主は受領遅滞に陥っていたから売主による代金の支払請求は認められるとするなど、そもそも、代金支払請求権の帰すうに関して、危険負担、受領遅滞といった諸制度の相互関係が理解されていないことがうかがわれるものも見られた。

個別に見ると、上記の①に関しては、目的物の分離・準備や債権者への通知を要することなどに詳しく言及することができている答案が多くあったが、そのような答案であっても、この指摘は取立債務に関するものであり、本件も取立債務であることを事実関係を踏まえて簡潔に論ずることができている答案はそれほど多くはなかった。

上記の②に関しては、まずもって、種類債務が特定をし、その後特定した目的物が滅失したというケースについては、適用法条は、民法第534条第1項ではなく、同条第2項となるが、このことを正確に指摘することができていない答案が少なからず見られた。このほか、危険負担の債権者主義を定めた規定である民法第534条については、かねてより立法論的な批判が極めて強く、その適用範囲を狭めるため、これを制限的に解する見解が有力であるが、この見解に従った答案は少なかった。しかし、上記のような問題状況を踏まえれば、この見解に従わず、同条の文言に忠実な立場を採用するとしても、その適用範囲を制限する必要がないのかどうかについて検討を加えるのが適切であると考えられるが、そのような答案はほとんど見られなかった。

なお、上記の③に関わることであるが、民法第534条を文言どおりそのまま適用するという立場を採用しながら、弁済の提供や受領遅滞の効果として対価危険の移転を論ずる答案も見られた。しかし、この立場を採用した場合には同条の効果として対価危険は買主が負うことから、重ねて対価危険の移転を論ずる意味はない。

上記の③に関しては、このうち、履行補助者の故意・過失に関しては比較的良く論述することができていたものの、責めにする事ができない事由（過失）の有無の判断の基準となる売主の負う注意義務について、民法第400条の善管注意義務に言及することができていない答案が相当数見られ、受領遅滞等の効果としての注意義務の程度の低減にも言及することができていない答案も多かった。

また、そもそも、本件においては受領遅滞が生じているという事実関係に気が付くことすらできていない答案も相当数見られた。当初の予定どおり目的物である松茸が引き渡されていたならば盗難は発生していなかったともいえることが本件の結論を左右する要素となり得ることは、事案を精査すればそれほど困難なく思い至ることができると思われる。このことから、結論を導く上で考慮すべき要素を事案の中から適切に抽出し、評価をする能力の一層の涵養が必要であることがうかがわれた。

なお、B（C）の注意義務違反の有無については、善管注意義務を負う前提で検討した上で、弁済の提供や受領遅滞を認定し、自己の財産と同一の注意義務を負う前提で改めて検討するのが丁寧であるが、後者の検討のみをした答案も、注意義務違反の有無を適切に検討することができているものは同等に評価した。

以上のほか、本件の主要な問題は上記のとおりであるにもかかわらず、引渡債務との同時履行の抗弁の検討に必要以上に多くの記述を費やした答案が少なからず見られた。しかし、本件においては、引渡債務の目的物は特定しており、かつ、履行不能となっているから、これとの同時履行を論ずる意義は乏しく、この点について大きな評価を与えることはできなかった。

## イ 答案の例

**優秀**に属する答案の例は、本設問では、上記の①から③までの各点に関してバランスよく論理的な論述がされており、かつ、B（C）の注意義務違反の有無の検討に当たっても設問1における事実関係に基づいてポイントを的確に指摘し、判断を示すことができていたものである。

**良好**に属する答案の例は、優秀に属する答案と比べ、債務者の負う注意義務の内容と帰責事由との関係に意識が払われていない答案や、注意義務違反の有無などについての事実関係の当てはめがややおざなりと思われる答案などである。

**一応の水準**に属する答案の例は、上記の①や②については相応の論述がされているものの、そもそも、受領遅滞が生じていたという事実関係に気が付くことができず、③について全く触れることができていない答案などである。

**不良**に属する答案の例は、設問1においては危険負担が問題となることを指摘することができていないものや、債務者（売主）の責めに帰すべき事由が存在するかどうかの検討を行うことができていないものなどである。

## (2) 設問2について

### ア 設問2の全体的な採点実感

設問2においては、題意によれば、甲トラックの所有権を有していたDが、Aに対して所有権留保売買をしたことにより甲トラックの所有権を実質的に喪失したといえるかという問題を小問(1)において検討した上で、喪失していたという立場を選択した者はもちろん、喪失していないという立場を選択した者も喪失していたという立場を採用したものとして、甲トラックの登録名義人であることを理由として撤去義務を負わせることができないかを小問(2)において検討することを求めるものである。このような出題者の意図については、ほとんどの答案がその趣旨をよく理解し、順を追って論述することができていたが、小問(2)で論ずべき点を小問(1)で論じている答案などもあった。

小問(1)に関しては、所有権に基づく妨害排除請求権が問題となるどころ、その点の指摘がないものや、妨害排除請求権の相手方となるべき者が抽象的に言えばどのようなものであるのかについて分析がされていない答案が多く見られ、論述の前提となるべき事項を的確に押さえていない傾向が見られた。

また、Dの地位は所有権留保売買の売主の地位にあることをどのように評価し、妨害排除請求の可否と結び付けていくのが小問(1)における主要な課題であるが、この点を意識することができていない答案が見られた。

このほか、Dの地位が債権の担保のために所有権を有するにすぎないものであることは理解することができていても、なぜ、妨害排除請求権の相手方となって撤去義務を負うことになるのか、あるいはならないのかについて、例えば、いまだEの債務不履行が生じていないといった具体的な事実関係を踏まえつつ説得力をもって論ずることができていない答案は少なかった（なお、具体的にどのような立論が考えられるかについては、既に公表した出題の趣旨を参照していただきたい。）。

さらに、そもそも、所有権留保が担保のためにされるものであることを理解できていないことがうかがわれる答案や、所有権留保売買の法的性質は譲渡担保そのものであると誤解をした答案なども見られたことは、所有権留保売買が債権担保の手法として社会で広く活用されている現状に照らすと、非典型担保であって実定法に基づくものでないことを差し引いても、残念な結果であった。

次に、小問(2)においては、Dは自動車登録名義を有するものの実質的には所有者ではなくなっているという前提で答えることが必要であるが、このような地位にあるDに対する妨害排除請求に関して、これを当然に対抗関係にあるとして処理することはできないのであり、この点は判例・学説が一致しているところである。それにもかかわらず、「Eは、甲トラックの所有権の帰属について利害関係を有するから、『第三者』に当たる」などと、何の留保もなくEとDとが対抗関係に立つことを前提としてしまった答案がかなり多く見られた。これは一面において、民法第177条（道路運送車両法第5条）の「第三者」の意義についての理解が十分でないことを表しているものであり、他面で、不動産と動産とで違いがあるとはいえ、最判平成6年2月8日民集第48巻2号373頁という重要な関連判例を意識することができていないものであって、基本的な判例の知識の定着の観点から難があるといわざるを得ない（なお、このような立論をした答案は、事案の妥当な解決を図ろうとするあまり短絡的に対抗関係にあるとしたことがうかがわれるものが少なくなかったが、中には登録には公信力があるとまでする答案も見られ、非常に残念であった。）。

上記の判例を意識することができていることがうかがわれた答案についても、地上建物による土地所有権の妨害の場合において登記名義人が撤去義務を負うのは例外的なものと位置付けていることなど、判例の論理構成や問題意識を正確に表現することができているものは少数にとどまり、例えば、Dが甲トラックの自動車登録を自ら備えていたといった事情を指摘することができた答案もそれほど多くはなかった。そのため、小問(2)において特に論じてもらいたかった上記判例の射程、すなわち、不動産と動産とでの差異の有無について（結論はともあれ）具体的に検討することができていた答案はほとんどなかった（ここで、どのような観点からの理由付けがあり得るかについては、既に公表した出題の趣旨を参照していただきたい。）。

## イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、小問(1)においては所有権留保売買が担保目的であることを踏まえつつ、このことが所有権に基づく妨害排除請求権の消長に与える影響について論理的に考察することができており、他方、小問(2)においてはEとDとが直ちに対抗関係に立つものではないことを踏まえた上で、判例の問題意識も踏まえつつ対象財産が不動産ではなく動産である本件において対抗問題と類似の処理をするべきかについて一応の理由付けを施しながら結論を導くことができた答案などである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案との比較においては、小問(1)においては所有権留保売買が担保目的であることは理解しているものの、それがなぜ妨害排除請求権の成否に影響を与えるのかの理由付けが曖昧であるものや、小問(2)においては本件では対象財産が不動産ではなく動産であり、これが結論に何らかの影響を及ぼすのかに意識を向けることができなかった答案などである。

一応の水準に属する答案の例は、小問(1)において所有権留保売買の法的性質が担保目的であることに理解が及ばなかったとか、小問(2)においてEとDとが対抗関係に立つとするなど、小問(1)又は小問(2)において大きく筋を外してしまった答案などである。

不良に属する答案の例は、そもそも本設問の題意を理解した上で考え方を整理して論述することができなかった答案や、各小問において大きく筋を外してしまった答案などである。

### (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、親族法・相続法の分野からの出題であったが、択一式試験においても多く出題がされている分野に関する知識を問うものであったから、受験生には一定の知識が備わっているものと思われるところである。ところが、「遺産分割」、「遺産分割方法の指定」、「相続分の指定」、「廃除」といった基本的な概念についての理解が極めて不正確な答案が少なからず見られた。確かに、「遺産分割方法の指定」や「相続分の指定」の意義を正確に理解することは簡単ではないかもしれないが、遺言において遺産中の財産の帰属先を指定することを「遺産分割」と誤解するものや、「廃除」がされたと認定しながらもHについて債務の相続承継を論ずるものなども少なからずあり、予想以上に基本的な概念を理解することができていないことがうかがわれた。

設問3においては、まず、①FGHのうち、Hは廃除されて相続人ではなく、受遺者の地位にあることが前提となるが、この点は比較的多くの答案がその理由を含めて指摘することができていた。また、②Cの債務はFGが承継するものであり、Cの債務を全額支払ったFはGに対して所定の割合（Gの法定相続分2分の1か、指定相続分3分の1となる。）に基づく金銭請求をすることができるという点も、多くの答案が指摘することができていた。

もっとも、設問3においては、③遺言の解釈指針がどのようなものであるのかを踏まえつつ、④FGに対するCの遺言が判例に従えば遺産分割方法の指定であると解されることに触れながら、より重要な問題である相続分の指定を伴うのか否かについての判断を示し、その上で、⑤債務の承継割合が変更されるのかに関して自己の考え方を筋道立てて論ずることが必要である（なお、そもそもCの遺言を特定遺贈であると解釈することも可能であるが、このような立場を採用していた答案はほとんど見られなかった。）。

しかし、上記の③については、「遺言の解釈をした上で」と問題文に指示があるにもかかわらず、何らこれに触れない答案も少なくなかった。また、上記の④のうち遺産分割方法の指定であることに触れているものであっても、債務の承継割合との関係では相続分の指定を伴うか否かという重要なポイントについて指摘することができていた答案は少数にとどまっていた。なお、比較的多くの答案が「遺産分割方法の指定」と同じ割合で債務を承継させるのが遺言者の意思や公平に合致するなどとしていたが、これは、「相続分の指定」に関連付けて論じてはいないものの、遺言によって債務の承継割合が変更されるかどうかについて立ち入った検討をする点では一定の評価に値するものと考えられる。

さらに、FのGに対する請求について問われているのであるから、その請求の根拠に関しても、判例のように分割債務として承継すると考えるか、不可分債務として承継すると考えるかはともかく、⑥Cの債務がFGにどのように帰属するのかを前提としながら、分割債務と解するのであれば事務管理等によるものとなり、不可分債務と解するのであれば求償権に基づくものとなることを、ごく簡潔に指摘することが必要である。しかし、請求の根拠について全く記載のない答案や曖昧な論述・混乱した論述に止まる答案が多く見られた。また、FGは連帯債務関係にあると解する答案が少なくなかったのは意外であったが、分割して承継されるとしながら連帯債務であるとするなど債権総論の分野である多数債務関係に関しても十分に理解することができていないことがうかがわれた答案も見られた。

## イ 答案の例

優秀に属する答案の例は、上記の①から⑥までの各点について、それぞれ、簡潔に自己の立場から論述することができていた答案などである。

良好に属する答案の例は、優秀に属する答案との比較においては、上記④及び⑤に関して相続分の指定を伴うか否かについて検討を加えることができていなかったものでも、債務の承継割合を遺言で変更するものであったかどうかについて具体的な考察を示した答案などである。

一応の水準に属する答案の例は、上記の③及び④については問題を把握して解答することができていないものの、他の各点については相応の論述をすることができていた答案などである。

不良に属する答案の例は、上記の①、②、⑤及び⑥の各点についても、その検討が不十分な点が複数見られた答案などである。

### (4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

本年の問題は、各設問とも、どのような法規範（判例により形成される規範を含む。）の適用を問題とすべきかという大きな検討課題の把握は、比較的容易であり、実際にも、これを大きくは外さない答案が少なくなかった。それでも、大きく差が付くことになっているのは、分析の深度や精度、更には論理的な展開力などによるところが大きい。

すなわち、本年の各設問にも現れているように、ある一つの事案を解決するに当たっては、複数の制度や判例等にまたがった分析が必要となるが、当然ながら、そのためには、個々の制度等についての理解が必要であり、更には制度相互間の体系的な理解が必要になる。その上で、これを一つのまとまった分析結果としてまとめ上げるためには、その理解している内容を、示された事実関係を踏まえて論理的に展開していくことが重要である。

このような法律の体系的理解とこれに基づく実践的な論理展開能力の重要性は昨年度も指摘しているところであり、引き続き留意をしていただきたい。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。

一つは、問題文に記載された事実からは引き出すことのできない強引な事実関係の解釈・認定をする答案が散見されたことである。例えば、設問1において、自動車を盗まれて期日中に引き取ることができなくなったAは、「同日午後8時頃、今日は引取りには行けないが、具体的なことは翌朝に改めて連絡する旨を電話でBに伝えた」（事実4）が、これに対するBの対応は問題文中に何ら記されていないから、問題文からは履行期の延期がされたとは到底認定することができないのに、その旨の合意があったと認定する答案や、設問3において、Cの遺言には「④Hは、まだ反省が足りないので、廃除の意思を変えるものではない」と明言されているのに廃除の意思を取り消したと認定する答案などである。このような答案を評価することができないのは言うまでもないことであり、問題文に示された事実関係を丹念に拾い上げて論述をするようにしてもらいたい。

また、**設問 1**について、**問題文**では「Bの本件売買契約に基づく代金支払請求は認められるか、理由を付して解答しなさい。」と問われているのだから、**それに向けて直截に自己の分析の結果を論述していくのが望ましい**ものである。**ところが**、AとBのそれぞれの主張を前提としながら、当事者双方の主張・反論について、「Aは～と主張する。これについては、・・・と考える。これに対し、Bは～と反論する。これについては・・・と考える。」といった形式で論述を進める答案が散見された。このような答案はそれぞれの主張・反論といった形式で記載しようとするあまり、論旨の明確性を欠く嫌いがあり、中には論理的な一貫性を欠くものも見られた。「代金支払請求は認められるか、理由を付して解答しなさい。」という問いに素直に答える方が望ましいものと考えられる。

最後に、毎年のように指摘をしていることであるが、本年も、文字が乱雑であったり、小さすぎたり、あるいは線が細すぎたりして、判読が困難な答案が一定数存在した。この点については、次年度以降、改善を望みたい。

#### 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

〔注：受験生に求めるものとして読むとよい〕

本年においては、**設問 3**で**親族法・相続法を主たる問題**とする設例が出題されているが、上記のとおり、基礎的な知識が全く身に付いていないことがうかがわれる答案も多かった。**近年**、この分野は**法改正が続く**などして**脚光を浴びている**ところであり、それはおくとしても、**法律実務家にとっては極めて重要な分野**といえることから、この分野についても基礎的な知識の修得を怠らないように励んでいただきたい。

また、親族法・相続法の分野に限らず、**財産法の分野**においても、一定程度の基礎的な知識を有していることはうかがわれるとしても、**複数の制度にまたがって論理的に論旨を展開することはもとより、自己の有する知識を適切に文章化するほどには当該分野の知識が定着しておらず、各種概念を使いこなして論述することができていない**答案が多く見られた。法律実務家にとって**自己の見解の説明・説得能力は必須**のものであるから、引き続き、**法的知識の体得**に努めていただきたい。

また、**本年も**、**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、今一度、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（なお、判例の取った論理や結論を墨守することを推奨してはいない。）。

**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**ことで、**判例の内容をよりの確に捉える**ことができるものである。このような作業を行うことで、個々の制度についての**理解が高まる**だけでなく、**制度相互間の体系的な理解が定着**することにも留意いただきたい。

## 平成30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平成30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

- (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、過不足なく記述がある答案や、記述に多少の不足があっても、総じて記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、一定の高い評価を与えた。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。

- (2) 設問1について

#### ア 全体的な採点実感

設問1は、会計帳簿の閲覧の請求の理由（会社法第433条第1項柱書き後段）と請求者の言動等から認められる当該請求の目的とが異なる場合や、請求者が会社の業務と同種の事業を営む別の会社の株式の全部を保有する場合に、会社が当該請求を拒むことができるかどうか、当該請求の拒絶事由（同条第2項各号）についての理解等を問うものである。

設問1においては、まず、本設問に答える前提として、Dによる閲覧の請求が会社法第433条第1項の会計帳簿の閲覧の請求に該当すること、当該請求の要件等に簡潔に言及することが求められる。

しかし、これらに全く言及しないでDによる閲覧の請求が同条第2項各号の拒絶事由に該当するか否かについてのみ検討している答案や、逆に、Dによる閲覧の請求が、同項各号の拒絶事由に該当するか否かについて全く検討しないで、同条第1項の要件を満たしているか否かについて相当の分量を割いて検討している答案が散見された。

本設問に限らず、会社法上の論点について検討するに当たっては、その前提となる法的枠組みについて言及することが求められ、そのような言及をしている答案には一定の評価を与えている。もっとも、論点についての記述の分量とその前提となる法的枠組みについての記述の分量とが明らかにバランスを失っており、論点を的確に抽出することができず、又は論点についての記述が不十分となっている答案は、結果として各設問に答える上で重要と考えられる各事項についての記述も総じて不十分なものとなっており、低い評価を得るにとどまるものとなりやすい。各設問に答える時間の配分にも配慮した上で、各設問を通じて、各論点とその前提となる各法的枠組みについて、バランス良く記述することが期待される。

そして、Dによる会計帳簿の閲覧の請求が会社法第433条第2項第1号又は第3号の拒絶事由等に該当し、甲社が当該請求を拒むことができるかどうかについて検討することが求め



られる。

同項第1号の拒絶事由〔請求者がその権利の確保又は行使に関する調査以外の目的で請求〕に該当するか否かを検討するに当たっては、Dが、株主の権利の確保又は行使に関する調査の目的でなく、単にD保有株式をAに買い取らせる目的で当該請求を行っていると認めることができるかどうかについて、Aが仕入先からリベートを受け取っている疑いがあるため、Aの取締役としての損害賠償責任の有無を検討するために必要であるとして、会計帳簿の閲覧の請求をしている一方で、自分は甲社に対して興味を失っており、Aがリベートを受け取っているかどうかなどは本当はどうでもよいと述べた上で、AがD保有株式を買い取ることを求めていることなどのDの言動等の事実関係を適切に評価した上で説得的に論ずることが求められる。Dの言動等の事実関係については、これらを丁寧に認定した上で、適切に評価している答案が相当数見られる一方で、これらを全く、又はほとんど認定せず、結論のみを記載するような答案も一定数見られた。

また、Dによる会計帳簿の閲覧の請求が会社法第433条第2項第3号の拒絶事由〔請求者が当該株式会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事するものであるとき〕に該当するか否かを検討するに当たっては、乙社の営む事業が甲社の「業務と実質的に競争関係にある」と認めることができるかどうかについて、甲社及び乙社はいずれもハンバーガーショップを営んでいること、甲社は関東地方のP県に、乙社は近畿地方のQ県に、それぞれ出店していること、甲社はQ県には出店する予定がないことなどの事実関係を適切に評価した上で、説得的に論ずることが必要となる。さらに、Dが「～事業を営み、又はこれに従事するものである」と認めることができるかどうかについても、Dは、乙社の発行済株式の全部を有していること、乙社の経営には関与していないこと、乙社の代表取締役であるFと親子関係にあることなどの事実関係を踏まえて、具体的に検討することが求められる。これらの事実関係についても、同様に、丁寧な認定等をしている答案が相当数見られる一方で、例えば、甲社はQ県には出店する予定がないことに言及せず、このような事実関係に何ら評価を加えていなかったり、Dが乙社の事業を営んでいると認めることができるかどうかを十分に検討しないで、直ちにDと乙社とを同視したりするなどして、結論のみを記載するような答案も一定数見られた。

なお、Dの言動等から、Dによる会計帳簿の閲覧の請求について、会社法第433条第2項第2号の拒絶事由〔請求者が当該株式会社の業務の遂行を妨げ、株主の共同の利益を害する目的で請求〕に該当し、又は株主権の濫用であるといった論述をしている答案についても、説得的なものには、相応の評価を与えている。

## イ 答案の例

### (7) 優秀又は良好に該当する答案の例

Dによる閲覧の請求が会社法第433条第1項の会計帳簿の閲覧の請求に該当すること、当該請求の要件等に言及した上で、同条第2項第1号と第3号など、複数の拒絶事由への該当性について、問題文中の事実関係を踏まえて検討しているもの

会社法第433条第2項第1号及び第3号の拒絶事由の趣旨を明らかにした上で、当該拒絶事由への該当性について、問題文中の事実関係を踏まえて検討しているもの

会社法第433条第2項第3号の拒絶事由の趣旨を明らかにした上で、当該拒絶事由への該当性について、請求者に会計帳簿の閲覧によって知り得る情報を実質的に競争関係にある事業に利用するなどの主観的意図があることを要するか否かを、理由を付して検討しているもの

(4) **不良**に該当する答案の例

会社法第442条第3項の計算書類等の閲覧請求の問題として論ずるもの

会社法第433条第1項の会計帳簿の閲覧の**請求の要件**を満たしているか否か、例えば、請求の理由を明らかにしているか否かや、請求の理由を基礎付ける事実が客観的に存在することについての立証の要否、閲覧対象の具体的な特定の要否等について、本設問に答える上で明らかにバランスを失している分量を割いて検討しており、その結果、拒絶事由への該当性についての検討が不十分となっているもの

会社法第433条第2項第1号及び第3号の拒絶事由への該当性について、検討することができていないもの

会社法第433条第2項第1号の拒絶事由への該当性について、同条第1項柱書き後段の「請求の理由」から客観的に判断しなければならず、請求者の主観を考慮してはならないと論じており、かつ、そのような解釈論を採ることについての説得的な理由付けを欠くもの

会社法第433条第2項第1号の拒絶事由への該当性について、問題文中の事実関係に関する適切な評価を欠いたまま、株式の譲渡は株主の権利であるから、株主の権利の確保又は行使に関する調査の目的で請求を行ったと論ずるもの

会社法第433条第2項第3号の拒絶事由への該当性について、乙社の営む事業が甲社の「業務と実質的に競争関係にある」と認めることができるかどうかという問題と、Dが「～事業を営み、又はこれに従事するものである」と認めることができるかどうかという問題とを区別して検討することができていないもの

会社法第433条第2項第3号の拒絶事由への該当性について、例えば、甲社はQ県には出店する予定がないことや、Dは乙社の経営には関与していないことなどの問題文中の事実関係に言及せず、評価を加えていないもの

(3) 設問2(1)について

ア 全体的な採点実感

設問2(1)は、自社の株式が譲渡される際に、譲渡人による株主総会における議決権の行使を回避する目的で、会社が譲受人の株式買取資金の借入金債務を無償で連帯保証したことが、株主の権利の行使に関する利益の供与（会社法第120条第1項）に該当するか否かや、これが当該利益の供与に該当するとすれば、そのことを理由として株主総会の決議の取消しが認められるか否か、株主総会の否決決議の取消しを請求する訴えが認められるか否かなど、株主の権利の行使に関する利益の供与や、これを理由とする株主総会の決議の取消しの訴え、株主総会の否決決議の取消しを請求する訴え等についての理解等を問うものである。

設問2(1)においては、甲社がGから保証料の支払を受けないでGの丙銀行に対する借入金債務について連帯保証したことが、「何人に対しても」（会社法第120条第1項）という文言に照らして、Gに対する財産上の利益の供与（同項）に該当するか否か（同項の文言上、利益供与の相手方は誰でもよく、現に株主である者に限られない。）、あるいはこのことがD保有株式の売買契約が成立する前提となっており、Dに対する財産上の利益の供与（同項）に該当するか否かについて説得的に論ずることが求められる。

そして、連帯保証をしたことが、（G又はDに対する）財産上の利益の供与に該当するとすれば、当該利益の供与が「株主の権利の行使に関し」されたもの（同項）といえることができるかどうかについて、本件契約によれば、Dが本件株主総会には自らは出席しないでAを代理人として議決権の行使に関する一切の事項を委任することとされていたといった諸々の事実関係に即して検討することが望まれる。

その上で、本件決議1についての株主総会の決議の取消しの訴えに関して、当該利益の供与により、本件決議1が株主総会の決議の方法が法令に違反したもの（同法第831条第1項第1号）と認めることができるかどうかについて検討することが求められる。これらについて、適切に論ずることができている答案も、少数ではあるが、見られたものの、全く検討することができていない答案が多かった。

本件決議1についての株主総会の決議の取消しの訴えに関しては、取消事由として、専ら、議決権の代理行使に関する同法第310条との関係で、Dが本件株主総会における議決権の行使に関する一切の事項をAに委任する旨の委任状をAに交付し、本件株主総会において、Dの代理人AがCを取締役から解任する旨の議案に賛成したことの当否を論ずる答案が多く見られ、これらの答案は低い評価を得るにとどまるものが多かった。

本件決議2についての株主総会の決議の取消しの訴えに関しては、本件決議2が株主総会の決議の方法が法令に違反し、又は著しく不公正なもの（会社法第831条第1項第1号）と認められることができるかどうかについて、CがAを取締役から解任する旨の議案の提案の理由を説明しようとしたところ、議長であるAがこれを制止し、直ちに採決に移ったことを、株主による提案理由の説明の拒絶として株主提案権の（実質的）侵害に該当し、あるいは議長の議事整理に関する権限（同法第315条第1項）の濫用に該当すると位置付けることができるのではないかといった観点から、検討することが考えられる。議長の議事整理に関する権限（同項）の濫用に該当すると論ずる答案が多かったが、株主提案権の（実質的）侵害に該当すると論ずる答案も一定数見られた。

しかし、議長であるAによりCによる説明が制止されたことを、取締役の説明義務に関する同法第314条との関係で、同条の「株主から特定の事項について説明を求められた場合には」という要件を全く考慮せず、同条に基づく取締役の説明義務の不履行に該当すると位置付けようとする答案が相当数見られ、これらの答案は低い評価を得るにとどまるものが多かった。

さらに、判例は、ある議案を否決する株主総会等の決議の取消しを請求する訴えは不適法であるとしていること（最判平成28年3月4日民集70巻3号827頁）を意識した上で、その適否を論ずることが求められる。しかし、当該訴えの適否については、全く検討することができていない答案が非常に多く、検討することができている答案であっても、この判例を意識した適切な論述がされていると評価することができるものは多くなかった。また、判例と異なり、訴えの利益がないと論ずるものが多かった。

なお、本件決議1又は2について、特別の利害関係を有する者（会社法第831条第1項第3号）の意義を正しく理解しておらず、Cを取締役から解任する本件決議1について、Cとの間で対立が生じていたAが特別の利害関係を有する者に該当するか否かを論ずるものも多く見られた。また、解任に関する議案を提出されている取締役であるC又はA自身が株主として議決権を行使していることから、C又はAが特別の利害関係を有する者に該当するか否かについて検討している答案が多く見られた。そのような答案には、特別の利害関係を有する者（同号）は株主総会において議決権を行使することができないと誤解しているものも多く、また、C又はAが特別の利害関係を有する者に該当するとするものも多かった。判例は、株主総会における取締役解任決議については、当該取締役の議決権行使は株主の経営参加権の行使にすぎず、特別の利害関係を有する者に当たらないとしている（最判昭和42年3月14日民集21巻2号378頁）ので、判例と異なる結論を採る場合であっても、判例を意識した記述をすることが求められる。

## イ 答案の例

### (7) 優秀又は良好に該当する答案の例

「何人に対しても」（会社法第120条第1項）という文言に照らして、財産上の利益の供与を受ける者は株主であることを要せず、Dによる株主の権利の行使に関し、Gに対して利益の供与を行ったと論ずるもの

株主の権利の行使に関する利益の供与(会社法第120条第1項)の要件を適切に整理し、特に財産上の利益の供与が「株主の権利の行使に関し」されたもの(同項)といえることができるかどうかという要件について、株式の譲渡自体は「株主の権利の行使」といえることができないが、譲渡人による議決権の行使を回避する目的である場合には、「株主の権利の行使に関し」されたものといえることができるという解釈を採った上で、適切に当てはめをしているもの

本件決議1についての株主総会の決議の取消しの訴えに関して、当該利益の供与により、本件決議1が株主総会の決議の方法が法令に違反したもの(会社法第831条第1項第1号)と認めることができるかどうかについて論ずるに当たり、当該利益の供与がDによる議決権の行使に及ぼした影響を適切に述べているもの

本件決議2についての株主総会の決議の取消しの訴えに関して、議長であるAがCによる説明を制止し、直ちに採決に移ったことを、議長の議事整理に関する権限(会社法第315条第1項)の濫用に該当すると論ずる上で、株主提案権の意義にも言及しているもの

株主総会の否決決議の取消しを請求する訴えが、株主総会の決議の取消しの訴えの対象となるか否かについて、株主総会の否決決議又はこれを取り消すことによって新たな法律関係が生ずるか否かについて言及した上で、論ずるもの

(4) **不良**に該当する答案の例

Dは議決権の行使をAに一任しているにもかかわらず、Aによる議決権の代理行使がDの意思に反するとしているもの

特別の利害関係を有する者(会社法第831条第1項第3号)の意義を正しく理解しておらず、Cを取締役から解任する本件決議1について、Cとの間で対立が生じていたAが特別の利害関係を有する者に該当するか否かを論ずるものや、特別の利害関係を有する者(同号)は株主総会において議決権を行使することができないと誤解し、株主総会の決議の取消しの訴えを提起しているC自身が特別の利害関係を有する者に該当するとした上で、Cが自身の解任に反対の議決権を行使したことが直ちに取消事由に該当すると論ずるもの

株主の権利の行使に関する利益の供与(会社法第120条第1項)への該当性について、その要件を適切に整理することができておらず、保証料の支払を受けていないことから、財産上の利益の供与があったとのみ論ずるにとどまっているもの

本件決議1についての株主総会の決議の取消しの訴えに関して、裁量棄却が認められるかどうかを、明らかにバランスを失っている分量を割いて検討しているもの

議長であるAによりCによる説明が制止されたことを、取締役の説明義務に関する会社法第314条との関係で、同条の「株主から特定の事項について説明を求められた場合には」という要件を全く考慮せず、同条に基づく取締役の説明義務の不履行に該当すると位置付けようとするもの

#### (4) 設問2(2)について

##### ア 全体的な採点実感

設問2(2)は、上記(3)のとおり、自社の株式が譲渡される際に、会社が譲受人の株式買取資金の借入金債務を無償で連帯保証した場合において、会社が保証債務の弁済をし、譲受人に対して求償をしたが、譲受人がこれに応じなかったときに、会社がこのような連帯保証をすることに関与した取締役がどのような責任を負うか、また、会社からこのような連帯保証を受けた者がどのような責任を負うかなど、株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与することに関与した取締役及び当該利益の供与を受けた者の責任等についての理解等を問うものである。

設問2(2)においては、**Aに対する責任追及等の訴え(会社法第847条第1項)**については、**甲社がGから保証料の支払を受けなくてGの丙銀行に対する借入金債務について連帯保証したことが、G又はDに対する財産上の利益の供与(同法第120条第1項)に該当するとすれば、①Aは、同条第4項及び会社法施行規則第21条第1号〔法120条4項の「当該利益供与をすることに関与した取締役として法務省令に定める者」が「利益の供与に関する職務を行った取締役」に該当する旨を規定〕に基づき、少なくとも、供与した利益の価額に相当する額である60万円を支払う義務を負うと認めること、②甲社がGの丙銀行に対する借入金債務について連帯保証したことに関するAの行為は、法令に違反し、又は善管注意義務に違反するため、**任務懈怠**(同法第423条第1項)に該当し、Aは、甲社に対し、少なくとも、保証債務の履行として丙銀行に弁済した800万円を支払う義務を負うと認めることが考えられる。**

なお、**Aが支払義務を負う金額**(①にあつては「供与した利益の価額に相当する額」、②にあつては**会社の損害額**)については、上記の各金額以外の額であるとする論理も考えられるところであり、**事案に即して説得的に論じられていれば、必ずしも、上記の各金額でなければならないものではない。**

設問2(1)においては、株主の権利の行使に関する利益の供与について検討することができていない答案であっても、設問2(2)においては、Aが、同法120条第4項に基づき、供与した利益の価額に相当する額を支払う義務を負うと認めることについて検討することができている答案も一定数見られた。また、利益の供与について検討することができていない答案であっても、友人Gの資力を調査せず、担保の提供を受けることなどもしなかったAの行為が、善管注意義務に違反し、任務懈怠に該当すると論ずる答案が一定数見られた。他方で、**Aが支払義務を負う金額について、具体的に検討することができていない答案が多く見られた。**

なお、本設問においては、取締役Aに経済的利益が帰属していると認めることができないから、甲社がGの債務を保証したことが甲社と取締役Aとの**利益が相反する取引(間接取引)**。会社法第356条第1項第3号)に該当するとして、取締役Aに対し、任務懈怠によって生じた損害の賠償責任を追及することは、**難しい**と考えられる。

Gに対する責任追及等の訴え（会社法第847条第1項）については、Gが、「当該利益の供与を受けた者」に該当するのであれば、同法第120条第3項に基づき、供与を受けた財産上の利益である60万円を返還する義務を負うと認めることが考えられる。なお、Gが返還義務を負う金額についても、必ずしも、上記の金額でなければならないものではない。同様に、設問2(2)においても、Gが、同項に基づき、供与を受けた財産上の利益を返還する義務を負うと認めることについて検討することができている答案も一定数見られたが、Gが返還義務を負う金額について、具体的に検討することができていない答案が多く見られた。

## イ 答案の例

### (7) 優秀又は良好に該当する答案の例

取締役の供与した利益の価額に相当する額の支払義務（会社法第120条第4項）と任務懈怠によって生じた損害の賠償責任（同法第423条第1項）について、当該支払義務又は当該賠償責任を負う金額も含め、適切に区別して論ずるものや、これらの責任を追及する訴えを責任追及等の訴えとして提起することができることを、条文を引用しながら丁寧に論ずるもの

### (4) 不良に該当する答案の例

主債務者であるGに対する求償債務の弁済を求める訴えを責任追及等の訴えとして提起することができるとするものや、取締役でないGに対する責任追及等の訴えについて論ずるに当たり、役員等（取締役）の責任に取引債務についての責任も含まれるか否かを論ずるもの

取締役の供与した利益の価額に相当する額の支払義務（会社法第120条第4項）と任務懈怠によって生じた損害の賠償責任（同法第423条第1項）を全く区別することができていないものや、当該支払義務又は当該賠償責任を負う金額について全く検討することができていないもの

責任追及等の訴えについて問われている場面であるにもかかわらず、Gの責任として、民法上の不法行為責任や主債務者として求償義務についてのみ論ずるもの

Aの会社法第120条第4項に基づく供与した利益の価額に相当する額の支払義務又はGの同条第3項に基づく供与を受けた財産上の利益の返還義務のいずれか一方のみを論ずるもの

募集株式の発行の場合でないことは前提としつつも、Aについては、出資の履行を仮装した場合の取締役の責任（会社法第213条の3）を、Gについては、出資の履行を仮装した募集株式の引受人の責任（同法第213条の2）や、不公正な払込金額で株式を引き受けた者の責任（同法212条）を、それぞれ論ずるもの

(5) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3は、譲渡制限株式の相続人等に対する売渡しの請求（会社法第174条）に関する定款の定めが設けられている会社において、株式を相続した相続人に対し、相続した株式の一部についてのみ売渡しの請求がされた場合に、売渡しの請求の効力が否定されるかどうか、譲渡制限株式の相続人に対する売渡しの請求についての理解等を問うものである。本設問は会社法上の典型的な論点とまではいうことができないため、問題文中で、適用条文が同条であることを明示した上、その趣旨を踏まえて設問に答えることを求めている。同条の趣旨を考えた上で、その文言及び事案を踏まえて、適切な法令の解釈及び適用がされることが期待されている。

譲渡制限株式の相続人等に対する売渡しの請求（会社法第174条）の趣旨は、会社が、定款にその旨の定めを設けることにより、相続その他の一般承継により当該会社の譲渡制限株式を取得した者に対し、当該譲渡制限株式を当該会社に売り渡すことを請求することができることとし、当該会社にとって必ずしも好ましくない者が当該会社の株主となることを防ぐことができるようにすることにある。

このような趣旨からすれば、本設問においては、本件請求を受けたBは甲社株式を相続する前から甲社の株主であったことや、Aが取締役を退任した後はCも取締役を退任してBが代表取締役社長を務める旨のA C間の合意が存在していたにもかかわらず、Cが代表取締役社長の地位にとどまるため、総株主の議決権の過半数を確保するために必要な限度で、本件請求がされたことなどから、本件請求は会社法第174条又は定款第9条に違反するということができるといえるかどうかについて、適用条文の文言と条文の適用結果の相当性の両方を意識して説得的に論ずることが求められる。

本件請求をすることを肯定する立場からは、同法第174条以下及び定款第9条の形式的な適用結果が不当とまではいうことができないことを、本件請求をすることを否定する立場からは、条文の形式的な適用結果が不当であることに加え、趣旨に照らした文言の限定解釈や権利濫用の法理により、同法第174条以下及び定款第9条の文言や適用場面を限定的に解釈し得ることを、それぞれ論ずることが期待される。

同法第174条の趣旨については適切に論ずることができている答案が相当数あったが、その趣旨に反するなどとして、直ちに既存株主に対する適用がないと論じている答案が目立った。法令及び定款の文言上、認められていないわけではない請求を否定するためには、条文の形式的な適用結果が不当なものであることや条文の文言の実質的な解釈等を説得的に論ずることが望ましい。

なお、問題文中において、Bの提案に従いA C間でされた合意については、これを株主全員による株主間契約であると解する余地があり、本件請求は、文言上、同条に反しないとしつつ、当該合意が実質的に株主全員によるものであるということができるといえるかどうかを丁寧に検討し、当該合意との関係で本件請求の効力を論ずる答案には高い評価を与えた。



そして、臨時株主総会における甲社がBに対して売渡しの請求をすることに関する議案を可決した**決議**について、①会社法第175条第2項本文に基づき、Bを除いた上で、Cのみが議決権を行使しているが、Cが特別の利害関係を有する者に該当し、特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによる著しく不当な決議に該当するか否か（同法第831条第1項第3号）、②**決議の内容が法令に違反するか否か**（同法第830条第2項）、又は③**決議の内容が定款（定款の趣旨）に違反するか否か**（同法第831条第1項第2号）、及び当該決議が取り消され、又は無効であることが確認されることにより、本件請求が効力を生じないこととなることなどについて、**検討**することが期待されるが、これらについての的確に論ずることができている答案はほとんどなかった。

## イ 答案の例

### (7) **優秀**又は**良好**に該当する答案の例

会社法第174条の**趣旨**について、相続その他の一般承継は株式の譲渡ではなく、株式の譲渡制限では一般承継による株式の取得を制限することができないため、会社にとって必ずしも好ましくない者が当該会社の株主となることを防ぐという譲渡制限株式制度の趣旨を貫徹させるものであると適切に述べるもの

本件請求の効力を**否定する立場**から、支配権維持のための取得であることを丁寧に認定し、趣旨に立ち戻って会社法第174条以下及び定款第9条の文言の限定解釈や権利濫用の法理により、同法第174条以下及び定款第9条の文言や適用場面を限定的に解釈した上で、臨時株主総会の決議の取消し又は無効について論ずるもの

本件請求の効力を**肯定する立場**から、既存株主に対する請求又は一部取得の請求はいずれも会社法上禁止されておらず、臨時株主総会決議においてCのみが議決権を行使したことは会社法の明文に合致することを指摘するもの

### (4) **不良**に該当する答案の例

会社法第174条の**趣旨**について、相続人の投下資本回収の便宜を図る相続人のための制度であるとして、相続による株式の準共有状態を防止するものであるとして、明らかに誤解しているもの

譲渡制限株式の相続人等に対する売渡しの請求（会社法第174条）の趣旨が、会社にとって必ずしも好ましくない者が当該会社の株主となることを防ぐことにあるということから、直ちに本件請求が無効であるとし、その法的根拠を挙げないもの

売渡株式等の取得の無効の訴え（会社法第846条の2）の問題として論ずるもの

会社法第175条第2項本文の規定があることを踏まえず、Bに議決権を行使させなかったことが決議の方法の法令違反であるとするものや、Bが特別の利害関係を有する者（同法第831条第1項第3号）に該当するか否かについて論ずるもの

### 3 法科大学院教育に求められるもの 【注：受験生に求めるものとして読むとよい】

会計帳簿の閲覧の請求の拒絶事由（会社法第433条第2項各号）については、全体的に良く理解されていた。拒絶事由への該当性を検討するに当たり、問題文中の事実関係を丁寧に認定した上で、適切に評価している答案が相当数見られ、これらの答案は好印象であった。もともと、設問に答える前提として、当該請求の要件等に簡潔に言及することが求められるが、これらに全く言及しないで、拒絶事由に該当するか否かについてのみ検討している答案が散見された。会社法上の論点について検討するに当たっては、その前提となる法的枠組みについても必要な範囲で言及し、会社法上の基本的な条文又は制度を十分に理解していることを答案上も明らかにすることが望まれる。

株主の権利の行使に関する利益の供与（会社法第120条第1項）を理由とする株主総会の決議の取消しの訴え等については、全体的に理解が不十分であった。他方で、株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与することに関与した取締役及び当該利益の供与を受けた者に対する責任追及等の訴えについては、一定程度理解されていた印象であるから、株主の権利の行使に関する利益の供与により、決議の方法が法令に違反し、又は著しく不公正なものとなって、決議の取消事由に該当し得ると捉えることに困難があったものと考えられる。会社法上の条文又は制度の基本的な理解を前提として、事案に応じて柔軟かつ適切に、その理解を応用する能力を養っていくことが期待される。株主の権利の行使に関する利益の供与については、条文の文言の意義や代表的な判例を十分に理解することができているかどうか、これらを理解していることを条文の文言を解釈する上で明らかにすることができているかどうかによって、評価に差が生じた印象であり、条文の適用又は解釈を行っているという意識や代表的な判例の存在を前提にして論ずるという意識を身に付けさせることが重要であろう。

株主総会の否決決議の取消しを請求する訴えについても、理解が不十分であった。近年の判例とはいえ、これを理解していることが望ましいが、判例についての理解をおくとしても、的確な論述をすることができている答案は多くなかった。

譲渡制限株式の相続人に対する売渡しの請求については、適用条文の趣旨を適切に論じ、その趣旨及び問題文中の事実関係を踏まえた論述をすることができている答案が相当数あったが、時間的な制約もあったのか、臨時株主総会における甲社がBに対して売渡しの請求をすることに関する議案を可決した決議が取り消され、又は無効であることが確認されることにより、本件請求が効力を生じないこととなるかどうかについての的確に論ずることができている答案はほとんどなかった。

全体的に、問題文中の事実関係から会社法上の論点を的確に抽出する点等において、不十分が見られた。条文又はその文言の引用が十分とは認め難い答案が少なくなく、また、論点についての論述において、条文の適用関係を明らかにしないまま、又は判例を意識しないままに、論述をする例が見られる。これらについては、基本的に昨年までと同様の印象である。

従来と同様に、会社法に関する代表的な判例の理解を含めた基本的な理解を確実なものとするとともに、事実関係から重要な事実等を適切に拾い上げ、これを評価し、条文を解釈し、これを適用する能力と論理的思考力を養う教育が求められる。

## 平成30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「平成30年司法試験論文式試験出題趣旨【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、設問の事案に即して**具体的に掘り下げた考察**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吟味し、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、**訴訟物、重複起訴の禁止、文書提出命令、補助参加等の民事訴訟の基礎的な概念や仕組みに対する受験生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**。

**設問3**について、時間が不足していたことに起因するものと推測される大雑把な内容や体裁の答案が一定数見られたものの、全体としては、時間内に論述が完成していない答案はほとんどなかった。しかし、後記②イで指摘するもののように、**検討すべき事項の理解を誤り、自分が知っている論点や論証パターンに引き付けて、検討すべき事項とは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、**そもそも訴訟物の理解ができていないなど、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、**条文を引用することが当然**であるにもかかわらず、**条文の引用をしない答案や、条番号の引用を誤る答案も一定数見られた**。法律解釈における実定法の条文の重要性は、改めて指摘するまでもない。また、判読が困難な乱雑な文字や略字を用いるなど、第三者が読むことに対する意識が十分ではない答案や、法令上の用語を誤っている答案、**日本語として違和感のある表現のある答案**も一定数見られた。改めて注意を促したい。

## (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、Bが**乙地裁**に対しAを被告として150万円を超える損害賠償債務の不存在確認の訴え（**Bの訴え**）を提起し、その訴訟が係属した後、Aが**乙地裁**に対しB及びCを被告として提起する損害賠償請求の訴え（**Aの訴え**）が**適法**であることの**立論**をすることが求められている。

そして、課題(1)では、その**前提**として、Bの訴えの**訴訟物**を明示することが求められているが、これを「損害賠償債務の不存在」や「損害賠償債務の不存在確認請求権」とするなど、**正確な理解を欠く**答案が少なくなかった。また、訴訟物が審判の対象となる権利関係であることを前提とする答案であっても、Bの訴えにおいて**確認の対象とされていない150万円以下の部分が訴訟物となるかどうかについて、意識がされていないもの**が一定数見られた。訴訟物は、民事訴訟における基礎的な概念であるにもかかわらず、理解がこのような状況であることについては残念であった。

課題(1)では、**次に**、Aの訴えが先行するBの訴えとの関係で**重複起訴の禁止**（民事訴訟法第142条）に**抵触**するのではないかという点を**検討**する必要がある。多くの答案は、Aの訴えが重複起訴の禁止に抵触するのではないかとの問題意識を指摘することができていたが、その検討が十分にされた答案は多くはなかった。ここでは、**まず**、Bの訴えの訴状副本がAに送達されており、**事件が裁判所に係属していることを指摘**する必要があるが、明確にこの点を指摘する答案はわずかであった。**次に**、重複起訴の禁止の趣旨を踏まえつつ、同条の「**更に訴えを提起**」の**意義**について、**事件が同一**であること、すなわち、**当事者と訴訟物がそれぞれ同一**であることを意味することを指摘する必要がある。このうち、当事者が同一であることについては、多くの答案が指摘することができていた。しかし、Aの訴えがBのほかCも被告とするものであることを理由として、当事者が同一ではないとするなど、重複起訴の禁止の趣旨を正しく理解していないことがうかがわれる答案も少ないながらあった。また、**訴訟物**については、Bの訴えにおいて確認の対象とされていない150万円以下の部分が訴訟物とはならないことを前提とする場合には、Bの訴えの訴訟物とAの訴えの訴訟物とは、**一部のみが重なるもの**であることを指摘する必要があるが、このような金額の差異についてまで意識がされた答案は一定数にとどまり、訴訟物が同一であると指摘するにとどまる答案が多かった。他方で、**このような金額の差異を意識しながら、それのみを理由として、訴訟物が異なるので重複起訴の禁止に反しないとする**答案も一定数あったが、**訴訟物に重なりがあることを無視すべきではない**。「事件が同一」の意義には、その前提とする訴訟物の捉え方を含め、複数の考え方があり、特定の考え方を採らなければ評価されないということではないが、いずれの考え方を採るにせよ、自身の考え方を論理的かつ説得的に論述しなければならない。

そして、課題(1)では、以上に述べた検討を踏まえ、Aの訴えが**反訴**として提起されれば、同条の更に提起された訴えに当たらず、又は重複起訴の禁止の趣旨に抵触しないことから**適法**となることを論ずることが求められるが、この点を指摘する答案は一定数にとどまった。また、Aが**別訴**としてAの訴えを提起した上で、Bの訴えとの間で**弁論の併合**がされることにより、**重複起訴の禁止の趣旨に抵触しないとの**答案が一定数あったが、**反訴として提起すれば裁判所に併合審理を求めることができ、これによって重複起訴の禁止の趣旨に抵触しない帰結を導けるにもかかわらず、その方法によらずに、なぜ別訴とすべきであるのかという点を論ずる**答案はほとんどなく、**全体として反訴についての理解が不足**していると思われた。他方で、相当数の答案は、**Aが反訴としてAの訴えを提起すべきであるのか、別訴として提起すべきであるの**

かという点を論ずることなく、Aの訴えが提起されれば、Bの訴えは確認の利益が失われて却下されることとなることのみを指摘して、Aの訴えが重複起訴の禁止に抵触しないとしていた。債務不存在確認の訴えに対する反訴として給付の訴えが提起された場合には、本訴である債務不存在確認の訴えの確認の利益が失われることは判例（最高裁平成16年3月25日第一小法廷判決・民集58巻3号753頁）の示すところであり、このような答案は、別訴として給付の訴えが提起された場合であっても、反訴の場合と同様に、先行する債務不存在確認の訴えの確認の利益が失われると理解しているものと思われる。しかし、Aの訴え提起がBの訴えに係る第1回口頭弁論期日の前にされることなどの本問の事案の特徴に一切言及せず、一般論としてそのように述べるのみでは、債務不存在確認の訴えに係る訴訟の審理が一定程度進んでいても、同一の訴訟物に係る給付の訴えを別訴として提起することが常に適法であるとの考え方を前提にするものと評せざるを得ず、このような答案に対する評価は相対的に低くなった。また、Aの訴えが反訴として提起され、又は別訴として提起された後にBの訴えとの間で弁論の併合がされることにより、重複起訴の禁止に抵触しないとする答案であっても、更に確認の利益についても言及するものに対しては一定の評価がされるところであり、実際にも多くの答案がその結論を述べていた。もっとも、Bの訴えの確認の利益について触れるこれらの答案の中には、判例の考え方を意識しているのかどうか不明確でない答案も散見された。判例の事案や射程を検討することなく、安易に判例を引用することは厳に慎まれるべきであるが、引用すべき判例を正しく引用することは実務家に求められる重要な素養であることを理解する必要がある。また、この点については、定型的な論証パターンを書き写しているだけではないかと思われる答案も少なくなかった。

さらに、課題①では、AがBのみならずCをも被告としてAの訴えの提起することの可否について検討する必要がある。ここでは、まず、共同訴訟（同法第38条前段）の要件〔訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であるとき、又は、同一の事実上又は法律上の原因に基づくとき〕を充足することを検討する必要がある、ほとんどの答案がこの点を検討していた。もっとも、同条の前段と後段のいずれを問題とするのかが不明確な答案、同条後段の要件〔訴訟の目的である権利又は義務が同種であって事実上及び法律上同種の原因に基づくとき〕を検討する答案、具体的な事案への当てはめが乱雑又は不十分な答案なども一定数あった。

また、Aが反訴としてBに対する訴えを提起する場合には、これと併合して本訴原告以外の者であるCに対する訴えを提起することができるかという問題を検討する必要がある。これを許容する場合には、法定外の主観的追加的併合を許容することとなるため、例えば、本件では、本訴であるBの訴えに係る訴訟について第1回口頭弁論期日前であって、Cが審理の最初の段階から手続に関与することができ、その手続的な利益は保護され得ることなど、これを許容することにより害されるおそれのあるCの利益に配慮した論述が求められる。他方で、法定外の主観的追加的併合が許容されないとした上で、Aの訴えが反訴としてではなく別訴として提起されれば、Bの訴えとの弁論の併合は、裁判所の審査を経ることとなることから、このような問題は生じないとすることも考えられる。いずれの結論であっても、事案に即した的確な論述がされているものは高く評価されるが、法定外の主観的追加的併合の可否についての出題趣旨を正しく理解している答案自体が極めて少数であり、ほとんどの答案がこの点に関する問題意識を有してはいなかった。

## イ 課題(2)の採点実感

設問1では、次に、課題(2)として、Bが乙地裁にBの訴えを提起し、その訴訟が係属した後、Aが甲地裁にAの訴えを提起することについて、それが適法であることの立論をすることが求められている。ここでは、Aの訴えがBの訴えの係属する裁判所と異なる官署としての裁判所に提起されることから、課題(1)の場合とは異なって、Aが反訴によることができず、また、Bの訴えとの間で、直ちには弁論の併合を求めることができない。そこで、ここでの問題は、以上のような状況の下で重複起訴の禁止との関係をどのように考えるかという点にある。

そして、ここでは、給付訴訟により得られる判決は、債務不存在確認訴訟により得られる判決とは異なり、執行力が認められること、Bの訴えの訴訟物が150万円を超える部分のみであると解する見解に立つ場合には、Aの訴えの訴訟物のうちBの訴えの訴訟物となっていない150万円については訴訟物の重なりがないこと、Bが自己に有利な管轄裁判所に消極的確認の訴えを提起することにより、Aが甲地裁にAの訴えを提起することができるはずの地位を損なうこと、Aの訴えの提起がBの訴えについての第1回口頭弁論期日前の時点でされており、Bの訴えについて審理が進んでいる状態ではないことなどの諸事情を考慮に入れて論ずることが期待される。しかし、上記のような課題(2)の出題趣旨を正しく理解した答案自体が少なく、更に的確にこれを論ずる答案はごく少数であった。

これに対し、課題(2)の出題趣旨を甲地裁の管轄の有無と誤解し、甲地裁がAの訴えの管轄を有することを論ずる答案が相当数あった。そもそも、甲地裁及び乙地裁のいずれもが本問に現れる訴えの土地管轄及び事物管轄を有することを前提とすることは問題文中に指示されているところであり、このように出題趣旨を正しく理解せず、無益な論述をするだけの答案の評価は低いものとなった。

## ウ 設問1のまとめ

設問1のうち、課題(1)については、多くの答案が出題趣旨を正しく理解していたが、課題(2)については、出題趣旨とは異なった点の論述をする答案が多かった。

「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、出題趣旨を正しく理解した上で、上記の検討事項について、バランス良く、過不足のない論述をするものである。**特に、法定外の主観的追加的併合の当否について、問題の所在に気が付いているのみならず、的確な論述**をしている答案がこれに当たる。

また、「良好」に該当する答案は、例えば、課題(1)及び課題(2)のいずれについても、出題趣旨をおおむね正しく理解しているが、課題(1)では、反訴についての論述がなく、弁論の併合がされることにより、重複起訴の禁止の趣旨に抵触しないとするものや、課題(2)では、Aの訴えが乙地裁に提起される場合と甲地裁に提起される場合との差異を理解しているが、その論述が「優秀」と比較すると不十分である答案などである。

「一応の水準」に該当する答案は、例えば、課題(1)の出題趣旨をおおむね正しく理解しているものの、重複起訴の禁止との関係では、Aの訴えが提起されることによりBの訴えの確認の利益が失われることのみを指摘するものなどである。

これらに対し、課題(1)の出題趣旨をおおむね理解しているが、当事者や訴訟物が同一ではないことなどを理由として重複起訴の禁止の趣旨が及ばないとするものや、そもそも課題(1)や課題(2)の出題趣旨を理解しないものなど、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、Aの診療記録について、所持者であるDの文書提出義務を肯定する立論をすることが求められている。

ここでは、Aの診療記録について、一般的な文書提出義務及びその除外事由について規定する民事訴訟法第220条第4号のうちハの「第197条第1項第2号に規定する事実…で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書」(秘密文書)への該当性の有無について検討する必要がある。

その際、金融機関が民事訴訟において訴訟外の第三者として開示を求められた顧客情報について、当該顧客自身が当該民事訴訟の当事者として開示義務を負う場合には、当該顧客情報は、金融機関がこれにつき職業の秘密として保護に値する独自の利益を有するときは別として、同法第197条第1項第3号にいう職業の秘密として保護されないとした判例(最高裁判平成19年12月11日第三小法廷決定・民集61巻9号3364頁)の趣旨を踏まえた上で、個々の顧客との間で商慣習上又は契約上の守秘義務が認められるにすぎない金融機関が負う守秘義務とその職業自体から守秘義務を負うことが求められる医師が負う守秘義務との同質性の有無についても考慮を加えることが求められる。そして、多くの答案は、Aの診療記録が秘密文書に該当するかどうかとの問題意識をもってDが文書提出義務を負うとの立論をしていたが、A自身がAの訴えに係る訴訟の当事者として開示義務を負うかどうかという観点から、医師の黙秘の義務について検討した答案はごく少数であり、そのうち、上記判例の趣旨をこの場面にも及ぼすことができるかどうかを明確に論じた答案はほとんどなかった。

Aの診療記録が秘密文書に該当するのではないかとの問題意識をもって検討する答案の多くは、診療記録に記載された情報について、D病院の医師が職務上知り得た事実であって、Aのプライバシーに属する事柄であり、本来的には黙秘すべきものであることを指摘した上で、諸事情を踏まえた利益考量によって、この事案では、Aの情報が医師の守秘義務によって保護されないとして、Dの文書提出義務を肯定するものである。このうち、医師の守秘義務によって保護される情報がAの訴えに係る訴訟の当事者であるAに関するものであり、Aは当該情報につき医師の守秘義務により保護される正当な利益を有するかどうかという観点から説得的に論じた答案や、Aが当該訴訟の手続において既に診療記録の一部を提出していることを指摘した上で、Aが当該情報の保護の全部の利益を放棄し、又はAが守秘義務を主張して診療記録が秘密文書に当たるとすることが不公正であるという観点から説得的に論じた答案は一定数見られ、これらについては、A自身がAの訴えに係る訴訟の当事者として開示義務を負うかどうかという観点から検討したものに準じて、相応の評価がされた。

これらに対し、Aが当該訴訟の当事者であることや、Aが当該訴訟の手続において既に診療記録の一部を提出していることを指摘しながらも、これらの事情から直ちにDの文書提出義務を肯定する答案も散見されたが、このような論述が短絡的なものであることは否定し難く、その評価は相対的に低いものであった。このほか、Aが当該訴訟の当事者であることや、Aが当該訴訟の手続において既に診療記録の一部を提出していることを全く考慮せず、証拠としての必要性や重要性、真実発見の重要性、Aが立証責任を負うことなどの抽象論のみにより結論を導く答案も一定数あった。このように具体的な事案への当てはめをするという姿勢に欠ける答案についてはより低い評価となった。

また、同法第220条第4号ハは、秘密文書に該当するための要件として、「黙秘の義務が免除されていないもの」としている。そこで、ここでは、Aの情報が医師の守秘義務によって保護されないことから、医師の黙秘の義務が及ばないこと、あるいは、医師が「黙秘の義務が免除されていないもの」には該当しないこと、すなわち、医師が黙秘の義務を免除されていることに当たることを論ずる必要がある。Aの診療記録が秘密文書に当たるかどうかを検討した答案のうち、この点についても明確に論じたものは少なくなかったものの、この点について触れないまま、Dの文書提出義務を肯定した答案も、散見された。法律解釈における実定法の条文の重要性というまでもないところであり、常日頃からどの条文のどの文言がどのように問題であるのかということ意識しつつ検討する姿勢が重要であることを強調しておきたい。

以上は、Aの診療記録が秘密文書に該当するかどうかを検討した答案に関するものであるが、Aの診療記録が同条第3号前段の文書（利益文書）に該当するかどうかを検討した答案もあった。この場合には、診療記録の作成の目的に照らし、患者本人であるAではなく、Aの訴訟の相手方であるBとの関係において、その利益のために作成されるものであることや、同条第1号から第3号までの提出義務と同条第4号の提出義務との関係について、説得的に論ずる必要があり、このような要求を満たす答案は、一定の評価がされる。なお、同条第3号等の「挙証者」がその文書によって立証しようとする事実（ここでは、損害の発生とその額）の立証責任を負うAであるとする答案が散見された。しかし、ここでいう「挙証者」は、文書提出命令の申立てをしたBを指すのであって、これをAとすることは、明らかな誤りである。条文の基礎的な理解がおろそかになっているのではないかと懸念される一つの例であると思われるので、ここで紹介するとともに、注意を促したい。

このほか、Aの診療記録が同条第4号二の文書（自己利用文書）に当たるかどうかを検討した答案も一定数見られた。一般に、診療記録は、その性質に照らし、自己利用文書に当たるといふことはできないと考えられることから、自己利用文書に当たるかどうかのみを検討し、同号ハ・第197条第1項第2号を検討せずに結論を導いている答案については、出題趣旨の理解が不十分なものであるとして、その評価が低いものとならざるを得ない。そのうち、特にAが既に診療記録の一部を提出していることを指摘しないままに、抽象的に不利益性を論ずる答案は、より低い評価となった。

なお、設問2を検討するに当たり、同法第220条が規定する各文書について網羅的に言及する答案が散見された。このような答案は、概して各文書への該当性の検討が不十分なものとどまっております、その評価は低いものとならざるを得ない。的確に出題趣旨や事案の特性を分析して整理し、それに焦点を当てた答案を作成することができるかどうかということも、採点に当たっての評価の対象であることを強く意識する必要があるろう。



## イ 設問2のまとめ

「優秀」に該当する答えは、出題趣旨を正しく理解した上で、A自身がAの訴えに係る訴訟の当事者として開示義務を負うかどうかという観点から、同条第4号ハの「黙秘の義務が免除」の当てはめとして医師の黙秘の義務について検討するものがこれに当たる。

「良好」に該当する答えは、Aの診療記録が秘密文書に当たるかどうかという問題意識の下、AがAの訴えに係る訴訟の当事者であることや、Aが当該訴訟の手続において既に診療記録の一部を提出していることを指摘した上で、説得的に医師が黙秘の義務を負わないことを論ずるものがこれに当たる。また、Aの診療記録が利益文書に当たるかどうかを説得的に論ずるものもこれに当たるということができる。

「一応の水準」に該当する答えは、Aの診療記録が秘密文書に当たるかどうかという問題意識を有し、AがAの訴えに係る訴訟の当事者であることや、Aが当該訴訟の手続において既に診療記録の一部を提出していることを指摘するものの、そのことから直ちにDが文書提出義務を負うとの結論を導くものや、Aが当該訴訟の手続において既に診療記録の一部を提出していることを踏まえて、相応の理由に基づいてAの診療記録が自己利用文書に当たらないと論ずるものなどである。

これらに対し、事案の特性を意識することなく、抽象的にDの文書提出義務を論ずるにとどまるものなどは「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、主張(ア)との関係で、第一審で補助参加をしていなかったBがAのために補助参加の申出をした上で控訴をすることの可否について、主張(イ)との関係で、Bが民事訴訟法第42条の「訴訟の結果について利害関係」を有するかどうか、すなわち補助参加の利益の有無について、それぞれ検討し、丙高裁としてBの控訴が適法かどうかの判断を示すことが求められている。

まず、主張(ア)に対しては、同法第43条第2項により、補助参加の申出は補助参加人としてすることができる訴訟行為とともにすることができること、同法第45条第1項本文により、補助参加人は控訴の提起をすることができることを指摘し、これらの規定により、Bは補助参加の申出とともに控訴の提起をすることができるとの論述をする必要がある。これは、確立した理解であると思われることから、以上の趣旨を端的に指摘すればそれで足りる。

もっとも、以上の趣旨を過不足なく指摘した答えは少なく、特に同法第43条第2項について指摘する答えはわずかであった。これらがいずれも基礎的な条文であるにもかかわらず、その指摘が十分にされていないことは、上記の「拳証者」と同様に、条文の基礎的な理解がおろそかになっている一例であると思われる。また、多くの答えは、以上の趣旨の指摘に加え、又は以上の趣旨の指摘をせず、Bが控訴の提起をすることは、被参加人であるAの意思に抵触し、あるいは、補助参加の時における訴訟の程度に従いすることができないものに当たるのではないかといったことや、控訴の利益や審級の利益などを論じていた。しかし、これらに関する論述は、いずれも出題の趣旨とは関係のないものであり、全く必要がない。

次に、主張（イ）に対しては、補助参加の利益が法律上の利益でなければならないことを指摘するとともに、同法第42条の「訴訟の結果」の意義について明らかにした上で、自身が示した見解と整合する形で、Bが補助参加の利益を有するかどうかについて事案を踏まえた検討をする必要がある。

そして、多くの答案は、主張（イ）が補助参加の利益を問うものであるとの出題趣旨を理解し、補助参加の利益が法律上の利益でなければならないことや「訴訟の結果」の意義についての論述をしていたが、Bが補助参加の利益を有するかどうかについて事案を踏まえた検討が十分にされたものは少なかった。

ここでは、まず、AC間の訴訟の実体法上及び訴訟法上の効果がBC間には及ばないということを指摘する必要がある。その上で、Bの補助参加の利益を肯定する場合には、そうであるにもかかわらず、AC間の訴訟の結果がBC間の求償関係に事実上影響を及ぼすことを丁寧に論述することが求められ、逆に、Bの補助参加の利益を否定する場合には、AC間の訴訟の結果に関わらず、Bは、別途、Cに対して求償することができ、求償をめぐる訴訟において必要な主張立証をする機会があることなどBの利益に配慮した論述が求められる。どちらの結論であっても、以上に述べた水準に達する答案であれば高く評価される。

しかし、多くの答案は、BC間の求償関係に着目こそしているものの、AC間の訴訟の実体法上又は訴訟法上の効果が当然にBC間の求償関係に及ぶかのような記述の下、簡素又は大雑把な当てはめに終始しており、中には、例えば、AがCに勝訴することにより、Bが負う損害賠償債務が減少するなどといった実体法上の明らかな誤りを述べる答案も少なくなかった。また、「訴訟の結果」について、主文中の判断に限定されるとの考え方を採りつつ、BC間の過失の割合に影響を及ぼすとするものなど、自身の述べる考え方と整合しない論述を展開するものもあった。主張（イ）については、正確な理解と正確にそれを論述する能力が試されていたが、定型的な論証パターンや漠然とした理解をそのまま書き出したと思われる答案が多かった。

そして、設問3では、以上の主張（ア）及び主張（イ）に対する検討を踏まえ、丙高裁が控訴の適法性についてどのように判断すべきかを答える必要がある。しかし、この点まで明確に答えた答案は多くはなく、主張（ア）及び主張（イ）に対する検討の結果を述べるにとどまる答案も散見された。尋ねられていることに対して解答しなければ、評価されないことは当然である。

## イ 設問3のまとめ

「優秀」に該当する答案は、出題趣旨を正しく理解した上で、主張（ア）について、過不足なく論述した上で、主張（イ）について、AC間の訴訟の実体法上及び訴訟法上の効果がBC間には及ばないということを踏まえつつ、「訴訟の結果」についての見解と整合する形で、Bの補助参加の利益の有無を丁寧に論ずるものがこれに当たる。

「良好」に該当する答案は、優秀に準ずる答案ではあるが、例えば、Bの補助参加の利益の有無についての検討の正確性が足りないものなどがこれに当たる。

「一応の水準」に該当する答案は、主張（ア）について、必要のない論述もするものの、同法第45条第1項の指摘などはされており、Bの補助参加の利益について、一応の論述はされてい、明確な誤りは無いものなどがこれに当たる。

これらに対し、主張（ア）について、必要のない論述に終始していたり、主張（イ）について、明らかな誤りを述べたりするものなど、基礎的な事項の理解が不足している答案は「不良」と評価される。

#### 4 法科大学院に求めるもの 【注：受験生に求めるものとして読むとよい】

本年の問題は、訴訟物、重複起訴の禁止、文書提出命令、補助参加等の民事訴訟の基礎的な概念や仕組みに対する受験生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問うものであった。これに対し、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や基礎的な条文の理解が十分な水準に至っていないと思われる答案が少なくなかった。これらの結果は、受験生が民事訴訟の体系的理解と基礎的な知識の正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、依然としていわゆる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生じさせる。

試験に合格するため、より効率的な学習の方法を模索すること自体は、誤りとはいえないが、法律実務家に求められる素養は、基本法制の体系的理解と基礎的な知識の正確な取得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。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。また、民事訴訟法は、現実の民事訴訟の手続の在り方のイメージがないままに学習を進めることは難しいと思われることから、実務をより見据えた指導の工夫も有益であろう。

法学教育においては、基礎的な事項の正確な理解をし、具体的な事案に応じて論理的に展開する思考力の涵養こそが重要であると考えられる。このことは、例年、指摘されているところであるが、本年も、改めて強調しておきたい。

## 平成30年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）

### 1 出題の趣旨，ねらい

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

### 2 採点方針

本問では、比較的長文の具体的事例について、甲及び乙の罪責やその理論構成を問うことにより、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解の程度、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実に法規範を適用する能力、結論の妥当性や、その結論に至るまでの法的思考過程の論理性、論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

すなわち、本問は、**設問1**で、A高校のPTA会長である乙が、同高校のPTA役員会において、「2年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った。徹底的に調査すべきである。」と**発言した行為**について、**乙の罪責を問う**ものであるところ、行為態様や危険が及ぶ法益等に着目し、名誉毀損罪の成否が問題になることを的確に判断し、同罪の構成要件要素を検討した上で、問題文に現れた事実を丁寧に拾い出して当てはめを行うことになる。

また、**設問2**では、夜間の町外れの山道脇の駐車場において、負傷して倒れていた父親の乙を救助しなかった**甲の不作为**について、**殺人未遂罪**が成立すると主張する場合の**理論構成及び保護責任者遺棄等罪**が成立すると主張する場合の**理論構成**をそれぞれ**検討させつつ、結論として甲の罪責を問う**ものであるところ、両罪の区別において問題となり得る論点を的確に指摘して検討し、さらに、両罪の各構成要件要素について必要な範囲で検討を加え、問題文に現れた事実を丁寧に拾い出して当てはめを行うことになる。

さらに、**設問3**では、同所において、甲とは無関係の丁が負傷して倒れていた場合に、その丁を父親である乙と誤認しながら救助しなかった**甲の不作为**について、**殺人未遂罪**が成立すると主張する上での**理論構成を問う**ものであるところ、同様に、問題となり得る論点を的確に指摘した上、問題文に現れた事実を拾い出して検討することになる。

いずれの設問の論述においても、各事例の事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ法規範に当てはめて妥当な結論や理論構成を導くこと、さらには、それらの結論や理論構成を導く法的思考過程が論理性を保って整理されたものであることが求められる。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とはいえない事項については簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。

出題の趣旨でも示したように、**設問1**では、事例1における乙の罪責について、丙に対する名誉毀損罪の成否を検討するに当たり、同罪の客観的構成要件である「公然」、「事実の摘示」、「人の名誉」及び「毀損」という各構成要件要素について、事実を指摘して具体的に論じることが求められていた。

この点、「**公然**」の意義について、不特定又は多数人が認識し得る状態をいうとする判例の見解を正確に指摘し、乙が事実を直接摘示したA高校の校長及び保護者3名というPTA役員会の出席者が、特定かつ少数人であることを認定した上、摘示の直接の相手方が特定かつ少数人である場合に、伝播可能性の理論を肯定して公然性を認めるか否かについて、その理由を含めた検討を加え、本問の具体的事実関係において当てはめを行う必要があった。

また、「**事実の摘示**」、「**人の名誉**」及び「**毀損**」についても、それぞれの意義を区別して正確に指摘した上、本問の具体的事実について当てはめを行う必要があった。さらに、誰の名誉に関する事実の摘示であるかという特定性についても問題となることを指摘し、本問への当てはめを行うことが求められていた。

そして、名誉毀損罪の**主観的要件**である**故意**について、上記の客観的事実に対する認識、認容があったことを簡潔に指摘する必要があった。

**設問2**では、事例2における甲の罪責が問われていることから、問題文の(1)及び(2)の問い掛け、すなわち、①殺人未遂罪が成立するとの立場と、②保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場の双方の主張・反論に言及しつつ、最終的に自説としていかなる結論を採るのかを的確に論じる必要があった。したがって、上記(1)及び(2)を小問形式と捉えて、それぞれの理論構成を別個に論じただけにとどまり、自説としての結論の論述を欠く答案については、出題の趣旨に沿うものではないこととなる。

①**殺人未遂罪**が成立するとの立場からの理論構成においては、作為義務について、その**発生根拠及び成立要件**を明確に論じて、本問の具体的事実についての確に当てはめを行う必要があった。また、作為可能性については、その必要性を簡潔に指摘した上、問題文に現れた具体的事実関係において、それが認められることを述べる必要があった。不作為犯の実行の着手時期についても、その判断基準を示した上で、本問において、いずれの時点で甲に不作為による実行の着手を認めることができるかを指摘する必要があった。さらに、**殺意**についても、甲が立ち去った時点での客観的状況の認識に加え、その後の危険の現実化に関する甲の認識内容を具体的に論じる必要があった。

一方、②**保護責任者遺棄等罪**にとどまるとの立場からの理論構成においては、まずは、同罪と殺人未遂罪の区別を論じる前提として、保護責任の意義及び成立根拠、作為義務との異同を論じつつ、本問において、甲に保護責任が認められることを指摘する必要があった。その上で、殺人未遂罪との区別の基準について、殺意の有無という主観面による判断要素や、重大な先行行為の有無、危険の程度といった客観面による判断要素を検討すべきであることを論じた上、本問において、殺人未遂罪の成立を否定する根拠を指摘する必要があった。

そして、最終的な自説の立場として、保護責任者遺棄等罪にとどまるとの結論を採る場合には、同罪における客体、行為及び故意といった、保護責任以外の各構成要件該当性についても論じる必要があった。

設問3では、事例3における甲に殺人未遂罪が成立すると主張する上での理論構成を論じるに当たり、まずは、同罪の成否が問題となる対象を的確に指摘する必要がある。すなわち、甲は、客観的には、乙に対して救助の作為義務を負っている一方で、主観的には、丁を乙と誤認して、その丁に対して救助の作為義務を負っていると誤信しているところ、認識された事実を前提として、丁の代わりに、そこに存在すると誤認された乙が対象となるべきであることを指摘する必要がある。

いずれにしても、甲に殺人未遂罪が成立すると主張する上で、まずは、客観面、すなわち、甲の不作為による殺人の実行行為性を検討する必要がある、そのための危険の判断方法として、そこに存在すると誤信されているにすぎない乙を、不救助により殺害することはできないことから、いわゆる客体の不能が問題となることを的確に指摘し、作為犯における未遂犯と不能犯を区別する基準について、自説の立場を論じた上、本問における危険の有無について結論を導き出す必要がある。そして、自説の立場から危険の存在を認定し、客観面として実行行為性が認められることを前提に、主観面として、自らが特定した対象となる客体に対する殺意の存在についても言及する必要がある。この点、具体的事実の錯誤（客体の錯誤）として捉える場合は、丁に対する故意が肯定されることを、一方、そのように捉えない場合は、丁の代わりに、そこに存在すると誤認された乙に対する故意が肯定されることを論じるべきであった。

### 3 採点実感等

各考査委員から寄せられた意見や感想をまとめると、以下のとおりである。

#### (1) 全体について

本問は、前記2のとおり、論じるべき点が多岐にわたることから、各論点の体系的な位置付けを明確に意識した上、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、手際よく論じる必要がある。また、問題文に誘導的な記載があるにもかかわらず、論じる必要のない論点を論じる答案や、必ずしも重要とは思われない論点を長々と論じる答案も見られた。

本問を論じるに当たって必要とされている論点全てを検討した答案は少数であったが、その少数の答案を含め、総じて、規範定立部分については、いわゆる論証パターンをそのまま書き写すことだけに終始しているのではないかと思われるものが多く、中には、本問を論じる上で必要のない論点についてまで論証パターンの一貫として記述されているのではないかと思われるものもあり、論述として、表面的にはそれらしい言葉を用いているものの、論点の正確な理解ができていないのではないかと不安を覚える答案が目についた。

また、規範定立と当てはめを明確に区別することなく、問題文に現れた事実を抜き出しただけで、その事実が持つ法的意味を特段論じずに結論を記載するという答案も少なからず見られた。前述のように、論点の正確な理解とも関係するところであり、規範定立を怠らないのは当然として、結論に至るまでの法的思考過程を論理的に的確に示すことが求められる。

なお、設問2及び3については、そもそも問題文を誤解したせい、出題の趣旨を正確に把握できていない答案が相当数見られた。

## (2) 各設問について

### ア 設問1について

名誉毀損罪の客観的構成要件要素について、それらの意義の理解が不正確な答案が散見された。例えば、公然性の論述において、「不特定又は多数人」が認識し得る状態とすべきところ、単に「不特定多数人」と記載するだけで、「又は」なのか「かつ」なのかが不明瞭な答案が多く見られた。

また、伝播可能性に関する論述では、摘示の直接の相手方が特定かつ少数人であることの認定をしていない答案が散見された上、規範なのか当てはめなのか曖昧なまま、「伝播可能性があれば公然性が肯定される」とだけ指摘して終える答案が相当数あり、伝播可能性の理論を肯定する理由付けについて言及できている答案が少なかった。

さらに、「人の名誉」と「毀損」を区別して論じている答案が少なかった上、「毀損」の要件について、同罪を抽象的危険犯であると解しながら、「丙が甲に暴力を振るったとの話が広まった」という結果面を強調し、あたかも具体的な毀損結果の発生が必要であるかのように論じる答案が散見された。

主観的要件である故意の点については、全く検討していない答案が相当数あった。また、この点を論じている答案においても、乙が「かねてから丙に対して抱いていた個人的な恨みを晴らそうと思った」ことを故意の内容として指摘するなど、認識・認容の対象となる事実が何かを正確に理解している答案は少なかった。

乙における真実性の誤信について、刑法第230条の2の適用の可否を検討する答案が一定数あったが、そもそも、問題文で「乙に公益を図る目的はなかったものとする」と明示していることから、本問において、この点を論じる必要はなかった。また、乙における正当行為（刑法第35条）又はその誤想について論じた上、名誉毀損罪の成立を否定する答案が少なからずあったが、本来の出題の趣旨からは外れるため、殊更論じる必要まではなかった。

### イ 設問2について

甲の罪責について、問題文の(1)及び(2)の問い掛けを小問形式であると誤って捉え、それぞれの立場からの理論構成を論じただけで完結してしまい、最終的に自説としていかなる結論を採るのかが論じられていない答案が散見された。また、自説として、一応の結論を論じている答案においても、上記(1)又は(2)で論じた反対の立場に対する反論や自説の理由付けの補強に関する論述が不十分である答案が目立った。

また、本問の解答を、刑法の自由保障機能や罪刑法定主義との関係に触れる紋切り型の論証パターンを用いて、不真正不作為犯の処罰根拠から書き始める答案が数多く見られた。これらは、本問の事案内容に即し、何を厚く論じるべきかを考えていない、あるいは、理解できていない答案と言わざるを得なかった。

不作為による殺人未遂罪の作為義務の発生根拠については、総じて、甲に作為義務が成立する要件を示した上で、本問に現れた具体的事情を拾い上げてこれに当てはめることができている印象であったが、中には、規範定立と当てはめに齟齬を来している答案が散見された。さらには、甲が乙に嘘を付いたことを先行行為として指摘する答案もあり、先行行為や排他的支配といった要件を基礎付ける具体的事情についての理解が不十分な答案も少なからずあった。

同罪の**実行の着手時期**については、作為義務に関する論述の結論と合わせて、「乙は死亡していないから未遂となる」とするのみで、同罪が成立する具体的な時点を特定しない答案が多かった。他方で、未遂犯であるにもかかわらず、因果関係について、しかも、どの「結果」との間の関係かも曖昧なままに長々と論じている答案が多数あった。これらは、論証パターンを無自覚に書き出したものと思われるが、仮に未遂犯においても結果の発生を必要とする見解に立つのであれば、殺人未遂罪が問われている本問では、甲の不作為と乙が死亡する危険との間の因果関係を検討すべきであった。

同罪の**殺意**については、甲が乙を放置したまま立ち去った時点で殺意を認める答案が多かったが、反対説の立場から、甲において、乙が死亡することの認容の有無のみで殺意を判断している答案が散見された。

他方、**保護責任者遺棄等罪**に関しては、前提となる保護責任の有無・内容について丁寧に検討できている答案も一定数あったが、その検討を全くしないまま、いきなり殺人未遂罪との区別の基準を論じる答案が相当数あった。また、同罪と保護責任者遺棄等罪の区別の基準について指摘するものの、その理由付けまで丁寧に論じられている答案は少数であった。

### ウ 設問3について

**対象となる客体**について、近くに倒れていた乙と解しているように受け取れる答案も見られ、全体として、これを明確に指摘できている答案は少なかった。

また、甲の不作為について、客観面での殺人の実行行為性を検討することなく、客体の錯誤の問題と捉えて、主観面のみを検討する答案が相当数あった。一方で、実行行為性が問題になることには気付いたものの、不能犯の理論の応用であることを自覚的に検討できている答案が少なかった。更に言うと、不能犯論を論じる際、具体的危険説を採りながら、甲が誤信していた事情のみを指摘するなど、抽象的危険説に立つかのような当てはめをしている答案もあり、学説の理解が不十分と思われる答案も見られた。

### (3) その他

例年指摘しているところではあるが、文字が乱雑で判読しづらい答案や基本的用語の漢字に誤記のある答案が散見された。また、文章の補足・訂正に当たって、極めて細かい文字で挿入がなされる答案も相当数あった。時間的に余裕がないことは承知しているところであるが、採点者に読まれるものであることを意識して、大きめで読みやすい丁寧な文字で書かれることが望まれる。



#### (4) 答案の水準

以上を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」と認められる答案の水準を示すと、以下のとおりである。

「**優秀**」と認められる答案とは、本問の事案を的確に分析した上で、本問の出題の趣旨や採点方針に示された主要な問題点について検討を加え、成否が問題となる犯罪の構成要件要素等について正確に論述するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に指摘して当てはめを行い、設問ごとに求められている罪責や理論構成について論理的に矛盾のない論述がなされている答案である。

「**良好**」と認められる答案とは、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について指摘し、それぞれの罪責について論理的に矛盾せず<sup>1</sup>に妥当な結論等を導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠くもの、その理論構成において、主要な問題点の検討において、理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められるものである。

「**一応の水準**」と認められる答案とは、事案の分析が不十分であったり、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について一部論述を欠いたりするなどの問題はあるものの、論述内容が論理的に矛盾することなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるものの示すことができている答案である。

「**不良**」と認められる答案とは、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点を理解できていないと認められたもの、事案に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、問題点には気付いているものの結論が著しく妥当でないもの、論述内容が首尾一貫しておらず論理的に矛盾したり論旨が不明であったりしているもの等である。

#### 4 法科大学院教育に求めるもの 【注：受験生に求めるものとして読むとよい】

**刑法の学習**においては、刑法の基本概念の理解を前提に、論点の所在を把握するとともに、各論点の位置付けや相互の関連性を十分に整理し、犯罪論の体系的処理の手法を身に付けることが重要である。

また、これまでも繰り返し指摘しているところであるが、判例学習の際には、結論のみならず、当該判例の前提となっている具体的事実を意識し、結論に至るまでの理論構成を理解した上、その判例が述べる規範の体系上の位置付け及びそれが妥当する範囲について検討し理解することが必要である。

今回の論文式試験では、事案の解決のために問題となる論点とそうでない論点の見極めが重要であったが、問題となる論点自体の体系的な位置付けについての整理が不十分なまま、論証パターンを無自覚に記述するため、問題とならない論点についてまで長々と論じる答案が目についたことから、事案の全体像を俯瞰して、事案に応じて必要な論点について過不足なく論じるための法的思考能力を身に付けることが肝要である。

このような観点から、法科大学院教育においては、まずは刑法の基本的知識及び体系的理解の修得に力点を置いた上、判例学習等を通じ具体的事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らずに幅広く多角的な検討を行う能力を涵養するとともに、論理的に矛盾しない、事案に応じた適切で妥当な結論やその理論構成を導き出す能力を涵養するよう、より一層努めていただきたい。

## 平成30年司法試験の採点実感（刑事系科目第2問）

### 1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様に比較的長文の事例を設定し、具体的事例に基づき、その捜査及び公判の過程に現れた刑事手続上の問題の所在を的確に把握し、その法的解決に必要な具体的事実を抽出・分析した上、これに的確な法解釈を経て導かれた法準則を適用して一定の結論を導き出すとともに、この過程を筋道立てて説得的に論述することを求めるものである。法律実務家になるために必要な事案分析能力、法解釈・適用能力、事実認定能力、論理的思考力、論述能力及び刑事訴訟法に関する基本的学識等を試すための出題である。

出題の趣旨は、既に公表したとおりである。

【設問1】は、司法警察員が、詐欺事件の犯人から被害者Vに交付された領収書に記載された住所に所在するA工務店事務所に出入りしていた男について、A工務店代表者甲又はその従業員である可能性があると考え、犯人とその男の同一性をVに確認させるため、同事務所から出てきたその男の容ぼう・姿態をビデオカメラで撮影したこと（下線部①）、その後、犯人が持っていた工具箱と甲が持ち歩いていた工具箱の同一性をVに確認させるため、同事務所の向かい側にあるマンションの2階通路から、望遠レンズ付きビデオカメラで、同事務所の玄関上部にある採光用の小窓を通し、同事務所内の机の上に置かれた、「A工務店」と書かれた小さな円形ステッカーの貼ってある赤い工具箱を撮影したこと（下線部②）につき、それぞれの適法性を問うものである。

ここでは、いわゆる強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の適否の判断方法を提示し、事例中に現れた具体的事実を的確に抽出した上、上記各行為の適法性を評価することが求められる。

【設問2】は、Vが犯人から申し向けられた欺罔文言を記したメモ及びVが犯人から交付を受けた領収書の証拠能力の有無を問うものである。ここでは、刑事訴訟法第320条第1項のいわゆる伝聞法則の趣旨を前提に、同項の適用の有無、すなわち伝聞と非伝聞を区別する基準を提示した上、本件メモ及び本件領収書が、事例中に明示された立証趣旨を踏まえた場合、伝聞・非伝聞のいずれに該当するか、また、伝聞証拠に該当するとした場合には、各書面に相応する伝聞例外規定を摘示した上、その要件を充足するか否か、非伝聞証拠に該当するとした場合には、いかなる推論過程を経れば、記載内容の真実性を問題とすることなく（すなわち、書面の記載から、その内容どおりの事実が実際に存在したことを推認する、という過程を経ずに）立証趣旨に則した事実を推認することができるのかについて、それぞれの確かかつ丁寧に検討、説明することが求められる。

採点に当たっては、このような出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した。

前記各設問は、いずれも捜査及び公判に関して刑事訴訟法が定める制度・手続及び判例の基本的な理解に関わるものであり、法科大学院において刑事手続に関する科目を履修した者であれば、本事例において何を論じるべきかはおのずと把握できるはずである。

【設問1】について、判例は、写真撮影やビデオカメラによる撮影が強制処分に該当するか否かを明示的に判断してはいないものの、写真撮影やビデオカメラによる撮影の適法性について判断した判例（最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁（以下「**昭和44年大法院判決**」という。）、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁）や、強制処分と任意処分の区別及び任意捜査の限界に関する判例（最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁（以下「**昭和51年決定**」という。）、最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁（以下「**平成29年大法院判決**」という。））など、法科大学院の授業でも取り扱われる判例を理解し、下線部①と下線部②の具体的な事実関係の相違を意識して論述すれば、説得的な解答が可能だと思われる。

【設問2】については、伝聞法則及び伝聞例外規定に関する正しい知識や理解があれば十分解答は可能であろう。なお、[設問2]の2のうち、本件領収書が非伝聞証拠として用いられる場合について論述するに当たっては、かかる用法が実質的に伝聞法則の潜脱に当たらないか否かを十分に意識する必要がある。

## 2 採点実感

各考査委員からの意見、感想を述べる。

おむね出題の趣旨に沿った論述をしていると評価できる答案としては、次のようなものがあつた。

まず、【設問1】では、下線部①及び下線部②の各捜査の適法性について、本事例における法的問題を的確に捉え、刑事訴訟法第197条第1項の解釈の問題であることを理解し、基本的な判例の考え方を踏まえながら、強制処分の意義、強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の許容性の判断方法を提示した上、下線部①及び下線部②の各捜査によって制約される権利・利益の相違を意識しつつ、事例中から抽出した具体的事実を分析・検討し、上記基準又は判断方法に当てはめて説得的に結論を導き出している答案が見受けられた。

【設問2】の1では、本件メモの証拠能力を検討するに当たり、伝聞法則の趣旨の正確な理解を前提に伝聞と非伝聞を区別する基準を提示した上、本事例における立証趣旨を踏まえた場合、本件メモは、V供述の内容の真実性が問題となることから伝聞証拠に該当し、証拠能力が肯定されるには刑事訴訟法第321条第1項第3号の規定する要件が充足されなければならないことを指摘し、事例中の具体的事実をこれに当てはめて、証拠能力に関する結論を導き出している答案が見受けられた。

また、【設問2】の2では、伝聞と非伝聞を区別する基準を前提に、本事例における立証趣旨を踏まえた場合、本件領収書については、その使用方法により、伝聞証拠に該当する場合と非伝聞証拠に該当する場合とが想定されることを指摘した上、伝聞証拠に該当する場合に、証拠能力が肯定されるには刑事訴訟法第322条第1項の規定する要件が充足されなければならないことを指摘し、事例中の具体的事実をこれに当てはめて、証拠能力に関する結論を導き出している答案、非伝聞証拠に該当する場合として、例えば、一般に領収書が持つ社会的意義を前提とした経験則を基に、本件領収書の作成及び交付の事実自体から現金授受の事実を推認できる旨を論述している答案が見受けられた。

他方、法原則・法概念の定義や関連する判例の表現を機械的に暗記して記述するのみで、なぜそのような定義や表現を用いるのかを当該法原則・法概念の趣旨に遡って論述することができていない答案、具体的事実に対してそれらの定義等を的確に適用することができていない答案、そもそも具体的事実の抽出が不十分であったり、その意味の分析が不十分・不適切であったりする答案が見受けられた。

【設問1】の下線部①の捜査の適法性については、まず、強制処分と任意処分を区別する基準を提示し、強制処分に該当しないとした上、任意捜査の許容性の判断方法を提示し、当該捜査は任意捜査として適法であると結論付ける答案が大多数であったが、当該捜査が強制処分か任意処分かを検討するに当たり、それが**実定法上のいかなる規定・原則との関係で問題になるかをおよそ意識していない答案**が少数ながら見られたほか、刑事訴訟法第197条第1項ただし書の「強制的処分」の解釈論として論じつつも、同項ただし書のいわゆる強制処分法定主義の意義についての理解を十分に示せていない答案が少なくなかった。

また、強制処分と任意処分を区別する基準に関し、多くの答案が、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え」かどうかという昭和51年決定が示した基準や、「相手方の意思に反して、重要な権利・利益を実質的に制約する処分」かどうかという現在の有力な学説の示す基準を挙げて検討していたが、これらの基準の文言を誤って理解している答案が少数ながら見られたほか、判例が示した基準による場合、「個人の意思を制圧」するということにはどのような意味合いがあるのか、「身体、住居、財産等」の制約に着目するのはなぜか、あるいは、現在の有力な学説の示す基準による場合、なぜ「重要な権利・利益の制約を伴う場合に限られるのか、そこでいう「重要な権利・利益」と、「身体、住居、財産等」という判例の文言とはどのような関係にあるのかなど、それぞれの文言が用いられている趣旨について十分な理由付けに欠ける答案も少なくなかった。そして、以上に述べたことは、平成29年大法廷判決の示した「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害する」か否か、という基準を用いる場合にも基本的に妥当する。

次に、上記基準への当てはめに関し、判例のいう「個人の意思の制圧」の側面については、ビデオカメラによる撮影が撮影対象者である甲に認識されることなく行われており、現実に甲の反対意思が制圧された事実がないことのみを指摘して、個人の意思の制圧を否定し、そのことから直ちに、強制処分には該当しないと結論付けるなど、判例の理解を誤っているのではないかと疑われる答案が散見された。

また、判例のいう「身体、住居、財産等への制約」又は有力説のいう「重要な権利・利益の実質的制約」の側面については、下線部①の捜査によって制約を受ける権利・利益の内容について一切触れない答案や、抽象的に「プライバシー」とのみ述べ、甲のいかなる「プライバシー」の制約が問題となるのかについて具体的に指摘できていない答案も見られた。すなわち、【設問1】では、下線部①の捜査によって制約を受ける「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」(昭和44年大法廷判決参照)と、下線部②の捜査によって制約を受ける「みだりに個人の営業拠点である事務所内を撮影されない自由」の性質ないし重要度に違いがあるかに着目して各捜査の適法性を論述することが求められるが、そうした点を十分に意識して論述する答案は多くなかった。さらに、下線部①の捜査では、容ぼう等をビデオカメラで撮影されている甲が公道上におり、同所では他人から容易にその容ぼう等を観察され得る状況にあることを理由に、直ちに、甲の「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」は放棄されているとするものなど、「観察」されることと「撮影」されることの違いを意識していないと思われる答案も少なくなかった。

任意捜査の許容性の判断方法に関しては、大半の答案が、昭和51年決定の示した「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度」との表現を用いて論述していたが、この判断方法は、いわゆる「比例原則」に基づくものであるから、具体的事案において、特定の捜査手段により対象者に生じ得る**法益侵害の内容・程度**と、特定の捜査目的を達成するため**当該捜査手段を用いる必要性**とを**比較衡量**すべきところ、このような視点を欠き、事例中からそれぞれの考慮要素に関連すると見られる**事実を抽出・羅列するのみで、それらの事実に関する意味付けやそれらの相互関係を十分に検討することなく結論を述べる**答案が散見された。また、ここでいう「必要性」とは、特定の具体的な捜査手段を用いる必要性を指し、本問についてこの点を論じるに当たっては、なぜ「甲を」「ビデオカメラで撮影する」必要があるか、すなわち前者については**甲を被写体として選択する理由となるその嫌疑の内容及び程度**について、後者については**捜査手段としてビデオカメラによる撮影という方法を採用する必要性**について、これにより達成すべき**捜査目的との関係を踏まえて検討すべきであるが、甲の嫌疑の内容及び程度**を基礎付ける**具体的事実を指摘できていない**答案や、本問のような、いわゆるリフォーム詐欺が重大犯罪であることといった、**本件の捜査一般の必要性に関わる事情を指摘するにとどまる**答案が散見された。

【設問1】の下線部②の捜査の適法性については、下線部①の捜査について用いたのと同様の、強制処分と任意処分を区別する基準を適用した上で、強制処分に該当すると結論付ける答案が大半であったが、その中には、「**個人の意思の制圧**」の側面について、**これに全く言及しないまま強制処分との結論を導いているものや、特に理由を示すことなく「意思の制圧」があるとするもの**も散見された。他方、下線部①の捜査と同様に、強制処分に該当しないとした上、任意捜査としての許容性を判断する答案も一定数見られたが、そのほとんどが、次に述べるように、**下線部①との具体的事実の相違を踏まえて被制約利益の性質等に十分な考慮を及ぼすことはできておらず、結論の説得力に疑問を抱かせるもの**であった。

「身体、住居、財産等への制約」又は「重要な権利・利益の実質的制約」の側面に関しては、上記のとおり、【設問1】においては、**下線部①の捜査によって制約を受ける「みだりにその容ぼう等を撮影されない自由」と、下線部②の捜査によって制約を受ける「みだりに個人の営業拠点である事務所内を撮影されない自由」との相違に着目して、強制処分該当性について検討**することが求められる。また、**下線部②の捜査は、個人の住居とは異なる工務店の事務所であるとはいえ、通常、不特定多数人の出入りが予定されているわけではなく、撮影時には、公道からは内部の様子を見ることができない状態にあって、外部から室内を見られないことを合理的に期待することができる場所**について、向かい側のマンションの2階通路から望遠レンズ付きのビデオカメラを用いて撮影することにより、**本来ならばその場所に立ち入ることによってしか得られないような情報の取得を実質的に可能にするものであり、私的な性質を帯びる領域への無形的な方法による侵入に当たる、との評価も妥当**しうところである。しかし、下線部②の捜査を任意捜査とした答案はもとより、これを強制処分とした答案においても、**こうした撮影により制約される利益の性質ないし撮影対象の所在する場所の性質を勘案した評価・検討が不十分**なものが散見された。

【設問2】については、前提として、刑事訴訟法第320条第1項のいわゆる伝聞法則の趣旨を踏まえ、伝聞証拠の意義、すなわち伝聞と非伝聞を区別する基準を提示する必要がある。多くの答案が、立証において公判期日外でなされた供述の「内容の真実性が問題となるか否か」を基準として挙げていたが、なぜ、立証趣旨との関係で原供述の「内容の真実性が問題となる」場合に、原供述を媒介する書面又は供述が伝聞証拠としてその証拠能力を否定されることになるのかについて、伝聞法則の趣旨を踏まえて十分に論述できていない答案も、依然として相当数見られた。

【設問2】の1では、本件メモについて、まず、本事例で明示された立証趣旨を踏まえつつ、伝聞証拠該当性を論述する必要がある。本件メモは、Vが犯行時に犯人（被告人甲）から聞いたとする欺罔文言を自ら記載した書面（被害状況を記載した供述書）であり、その立証趣旨は、「甲が、平成30年1月10日、Vに対し、本件メモに記載された内容の文言を申し向けたこと」である。そこでは、Vが記載したとおりに、犯人（被告人甲）がVに対して本件メモに記載された内容の文言を言ったことが立証の対象となる（Vの供述の内容の真実性が問題となる）から、本件メモは伝聞証拠に当たる。この点を理解し、適切に結論を導いていた答案が多かったが、「内容の真実性が問題となる」という表現の意味をなお正確に理解できていないため、本件メモの全体を非伝聞証拠とした答案も少数ながら見られた。本件メモによる立証の対象には、甲が発言したとおりにV宅の耐震金具に不具合があることなど（Vが記載した甲の発言の内容の真実性）は含まれていないが、そのことは、Vの供述を記載したものとしての本件メモの伝聞証拠該当性を否定するものではない。他方、甲の発言の真実性が問題となるとして、再伝聞証拠とする答案も散見されたが、これも、「内容の真実性が問題となる」との表現の意味及び本件メモによる立証の対象を正しく理解したものとはいえない。

次に、伝聞証拠である本件メモ（被告人以外の者が作成した供述書）については、刑事訴訟法第321条第1項第3号該当性を論述する必要があるが、条文に関する基本的な知識が不足していたり、同号の規定する伝聞例外として証拠能力を肯定するための各要件（いわゆる「供述不能」、「不可欠性」及び「特信性」）を充足するか否かを判定するために必要な具体的事実の抽出・検討が不十分であったりする答案が多く見られた。まず、「供述不能」の要件については、同号に列挙された事由が例示か否かについて述べる答案が少なからず見られたが、まずはVの心身の状態が同号に規定された事由のいずれかに該当しないのかを検討すべきであろう。続いて、「不可欠性」の要件については、「その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができない」という文言に対する理解を示した上で、本件メモがそうした証拠に該当するかを検討すべきである。さらに、「特信性」の要件については、供述内容の信用性を担保する外部的付随事情の存否を問題とすべきであると述べながら、Vによる本件メモの作成状況や作成に至る経緯などの具体的事実を十分に検討することなく「特信性」の有無の結論を述べる答案が多く見られた。また、本件メモはVが自ら作成した「供述書」であり、「署名〔又〕は押印」（刑事訴訟法第321条第1項柱書き参照）は不要であるにもかかわらず、本件メモにVの署名押印がないことを理由に伝聞例外該当性を否定する答案が散見された。

【設問2】の2では、本件領収書について、本事例で明示された立証趣旨を踏まえ、立証上の使用方法として、領収書の記載からその内容の真実性（記載内容どおりの事実が存在したこと、すなわち、特定の日時に、甲とVの間で、屋根裏工事代金として、100万円の授受があったこと）を推認する場合と、例えば、一定の記載のある本件領収書が甲によって作成された事実と、甲からVへ当該領収書が交付された事実を併せ考慮することで、記載内容の真実性とは独立に、現金授受の事実を推認する場合を想定する必要があるが、意識的に両者の用法を記述している答案は少なかった。

本件領収書は、甲がVから屋根裏工事代金として現金を受領した際にその事実を自ら記載した書面であり、その立証趣旨は、「甲が平成30年1月10日にVから屋根裏工事代金として100万円を受け取ったこと」であるから、上記の使用法のうち前者の場合には、領収書の記載からその内容たる事実を推認することとなり（甲による本件領収書の記載＝甲の供述の内容の真実性が問題となる）、本件領収書は伝聞証拠として用いられるものと評価されることになる。そして、この場合、本件領収書は甲が自ら作成した書面（供述書）であり、刑事訴訟法第322条第1項該当性が問題となるところ、ここでも、本件メモの伝聞例外該当性の検討におけると同様、条文に関する基本的知識が不足している答案が少なからず見られた。例えば、同項が、証拠能力の要件について、被告人供述をその内容によって「〔自己〕に不利益な事実の承認」とそれ以外のものに分け、後者についてののみいわゆる「特信性」を要求しているにもかかわらず、本件領収書の内容が、Vから屋根裏工事代金として現金の交付を受けたことを認める「不利益な事実の承認」に該当するとしながら、「特信性」の有無を検討する答案、他方で、前者についての「任意性」の要件を見落としている答案、供述書である本件領収書についても、「署名〔又〕は押印」の要件が条文上要求されているとする答案などが散見された。

上記の使用法のうち後者の場合、例えば、甲による本件領収書の作成及びVへの交付の事実を併せ考慮することにより、その記載内容の真実性とは独立に、現金授受の事実を推認する場合は、本件領収書は非伝聞証拠として用いられるものと評価されるが、多くの答案は、単にその旨を述べるにとどまり、さらに、そのような形で同事実を推認し得る実質的理由についてまで言及する答案は少数にとどまった。

### 3 答案の評価

#### (1) 「優秀の水準」にあると認められる答案

【設問1】については、下線部①及び下線部②の各捜査の適法性に関し、強制処分法定主義、比例原則といった刑事訴訟法上の基本原則に関する理解を前提に、その法的問題の所在を意識しつつ、強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の適否の判断方法について、法律の条文とその趣旨、基本判例に対する正確な理解を踏まえながら、的確な法解釈論を展開して提示している答案、その上で、強制処分と任意処分の区別については、下線部①及び下線部②の各捜査によっていかなる権利・利益が制約されるのかを具体的に指摘した上、制約される権利・利益の違いを明確に意識しながら論述している答案、任意捜査としての許容性の判断については、比例原則の正確な理解を示した上、本事例に現れた個々の事実が持つ意味を丁寧に分析している答案である。

また、【設問2】については、伝聞法則の趣旨の正確な理解を前提に、伝聞法則の適用の有無、すなわち伝聞と非伝聞を区別する基準を的確に提示している答案、そして、**本件メモ**については、本事例において明示された立証趣旨を踏まえて伝聞・非伝聞の別を論述した上、伝聞例外について、刑事訴訟法第321条第1項第3号の規定する各要件の意義を的確に論述しつつ、各要件を充足するかにつき、本事例に現れた具体的事実を踏まえて的確かつ丁寧な検討を行っている答案、本件領収書については、本事例において明示された立証趣旨を踏まえつつ、その使用方法により、伝聞証拠に該当する場合と非伝聞証拠に該当する場合とが想定されることを指摘した上、前者については、刑事訴訟法第322条第1項の規定する各要件の意義を的確に論述しつつ、各要件を充足するかにつき、本事例に現れた具体的事実を踏まえて的確かつ丁寧な検討を行い、後者については、領収書の作成・交付の事実を併せ考慮することにより、領収書の記載内容の真実性とは独立に現金授受の事実が推認されることを相応の根拠とともに論じている答案である。

なお、このように、出題の趣旨に沿った十分な論述がなされている答案は僅かであった。

(2) 「**良好**の水準」にあると認められる答案

【設問1】については、強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の適否の判断方法に関して一定の見解を示した上、本事例に現れた具体的事実を抽出し、検討することはできているが、下線部①及び下線部②の各捜査によって制約される権利・利益について、抽象的に「プライバシー」とするのみで、具体的に個人のどのような権利・利益が制約されるのかを指摘できていなかったり、本事例に現れた事実を抽出し、検討してはいるものの、個々の事実が持つ意味の分析が物足りなかったりする答案である。

【設問2】については、伝聞法則の趣旨の正確な理解を前提に、伝聞と非伝聞を区別する基準を的確に提示し、正しく結論を導き出してはいるものの、伝聞例外の要件充足性について、本事例に現れた具体的事実を踏まえて説得的な説明がなされていなかったり、本件領収証を非伝聞証拠として用いる場合について、領収書の作成・交付の事実を併せ考慮することまでは言及できているものの、領収書の内容の真実性とは独立に現金授受の事実が推認される根拠には言及できていなかったりする答案である。

(3) 「**一応**の水準」に達していると認められる答案

【設問1】については、強制処分と任意処分を区別する基準、任意捜査の適否の判断方法に関して一定の見解を示すことができはいるものの、本事例に現れた具体的事実の抽出が不十分であり、結論のみを記述している答案である。

【設問2】については、伝聞法則の趣旨を一応理解し、伝聞と非伝聞を区別する基準を提示してはいるものの、伝聞例外の規定の検討が不十分であり、具体的事実の抽出が不足している答案や、提示した要件への当てはめが一部欠如している答案、本件領収書について、想定される使用方法のうち、いずれか一方のみ論述し、もう一方には言及されていない答案である。



(4) 「不良の水準」にとどまると認められる答案

上記の水準に及ばない不良なものをいう。一般的には、刑事訴訟法上の基本原則の意味を理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に（さらに正確さを欠いた形で）記述するだけの答案や、関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・展開することなく、事例中の事実をただ羅列するだけの答案など、法律学に関する基本的学識と能力が欠如しているものである。具体的な例を挙げれば、【設問1】では、下線部①の任意捜査の適法性を判断するに当たり、本件の捜査一般の「必要性」を論述するばかりで、ビデオカメラによる撮影という特定の手段を選択する「必要性」について論述していない答案、【設問2】では、伝聞法則の趣旨や伝聞と非伝聞を区別する基準についての記述自体が不十分な答案や、伝聞例外の規定の要件を誤って理解していたり、当てはめが誤っていたりする答案などがこれに当たる。

4 法科大学院教育に求めるもの 【注：受験生に求めるものとして読むとよい】

このような結果を踏まえると、今後の法科大学院教育においては、従前の採点実感においても指摘されてきたとおり、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を基本から深くかつ正確に理解すること、重要かつ基本的な判例法理を、その射程も含めて正確に理解すること、これらの制度や判例法理を具体的事例に当てはめて適用できる能力を身に付けること、論理的で筋道立てた分かりやすい文章を記述する能力を培うことが強く要請される。

特に、法適用に関しては、生の具体的事実に含まれた個々の事情又はその複合が法規範の適用においてどのような意味を持つかを意識的に分析・検討し、それに従って事実関係を整理できる能力の涵養が求められる。

また、実務教育との有機的連携の下、通常の捜査・公判の過程を俯瞰し、刑事手続の各局面において、各当事者がどのような活動を行い、それがどのように積み重なって手続が進むのかなど、刑事手続を動態として理解しておくことの重要性を強調しておきたい。





**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL18064