

採点実感から見る合格答案の要件 民事訴訟法

2017年4月
担当講師 久保田 康介

1. 採点方針と出題傾向

《H23～28 採点実感—採点の基本方針》

「民事訴訟法については、従来と同様、①民事訴訟法の**基本的な原理・原則**や概念を正しく理解するとともに、**基礎的な知識**を習得しているか、②それらを前提として、問題文をよく読み、設問で問われていることが何かを的確に把握した上で、それに**正面から答えているか**、③抽象論に終始せずに、**事例に即して具体的に**、**かつ掘り下げた考察**をしているか、といった点を重視して採点をしている。」

《コメント》

5年連続で同様の採点方針が示されていることから、今年度も同様の採点方針をとるものと考えられる。そうすると、民事訴訟法上の基本原理・原則と**関係があり** (①)、**かつ**、**事案に即した修正**を基本原理・原則に**施すこと** (②③)を**検討させるような問題**が出題される蓋然性が高い。

受験者としては、いかなる基本原理・原則と**関係する事案であるのか**を見極め、事案との**関係**で必要な基本原理・原則に関する理解を示した上で、事案に即した**論述**をする必要がある。

2. 試験委員の考える基本原理・原則

《H18 ヒアリング—共同訴訟人の証拠共通の原則》

「しかも、基礎知識の論述部分において誤っている答案が多かった。例えば、設問2の前段で問うた証拠共通の原則は**共同訴訟人間の証拠共通の原則**であるが、当事者間における証拠共通の原則を前提に解答する者が結構あった。それが疑われるものやあやふやな答案も結構あった。」

《H20 ヒアリング—固有必要的共同訴訟と類似必要的共同訴訟との区別》

「例えば、**固有必要的共同訴訟**や**類似必要的共同訴訟**等、ごく基本的なところの**区別**が分かっていないというのが意外に多かった。」

《H20 採点実感—自由心証主義、弁論主義》

「今年の民訴法の問題は、持っている知識を事案に当てはめ、整理して記載するということを求めるものではなく、受験生にとってはさほどなじみのない問題について、これまでの学習で培った民訴法についての**基礎的な知識**や**理解**をベースにして、試験時間の中

で考え、具体的事例に即して適切な結論に導くことをねらったものである。例えば、よく知られた判旨を正面から事案に当てはめるのではなく、逆に具体的事案に判旨が当てはまらない理由を検討させたり、**必要的共同訴訟と文書提出命令不遵守の効果等基本書**に取り上げられていない問題について出題したのも、このようなねらいに基づいている。なお、受験生が知っているべき事項の範囲については、出題に当たって十分配慮している。例えば、**文書提出命令不遵守の効果に関する四説の内容**については、**立証責任の転換、真実擬制、自由心証**といった基本的な用語の理解があれば分かるように誘導しており、これらの説に関して、**学説上論じられていることの詳細については知らないという前提**に立っている。」

「基本的な概念に掘り下げて検討するといっても、本問では、民事訴訟の基本理念（**自由心証主義や弁論主義**）の説明そのものを求めているわけではないことは問題文から明らかである。」

《H21 ヒアリング—弁論主義，自白の意義，訴えの利益，訴訟物，既判力》

「ただ、設問1についても、そもそも**弁論主義**や**自白の意義**といった民事訴訟法の基本的な概念についての理解が不十分な答案もあり、それはやはり「不良」に該当すると考えられる。」**「訴えの利益，訴訟物，既判力**といった基本的な民事訴訟法の概念の理解が不十分な答案もあり、「不良」ということになると思う。」

《H21 採点実感—既判力と二重起訴の問題場面における区別》

「法科大学院の教育においては、民事訴訟法の基本的な概念を正確に理解するように指導をしているところであるが、設問2において**既判力が問題となる場面と二重起訴が問題になる場面が異なる**ことが理解できていない答案も散見されたように、基本的な概念を正確に理解することの重要性が改めて認識されるべきであろう。」

《H24 採点実感—書証，文書の種類，形式的証拠力，直接証拠，間接証拠》

「**書証**とは、文書に記載されている作成者の意思や認識を裁判所が閲読して、その意味内容を係争事実の認定のための資料とする証拠調べをいう。**文書**は、**公文書と私文書、処分証書と報告文書**といった幾つかの観点から分類することができるが、このうち処分証書とは、証明しようとする法律行為が記載されている文書であり、それ以外の作成者の経験を記載したり意見を述べたりした文書を報告文書という。書証は、文書の作成者の意思や認識などの意味内容を証拠資料に用いる証拠調べであるから、まず、**挙証者が作成者であると主張する特定人（作成名義人）によってその文書が実際に作成された**ということを確認する必要がある、この点が肯定されることを**文書が真正に成立した**とい、このことにより文書の**形式的証拠力**が備わることになる。ある証拠が**直接証拠**となるか、**間接証拠**となるかは、立証趣旨との関係で定まる。以上の事柄は、司法試験の受験者であれば正しく理解し、習得していなければならない基礎的知識である。」

《H27 採点実感—予備的反訴，不利益変更禁止の原則，既判力》

「**予備的反訴**は、一括りに複雑訴訟形態とされ、教科書の後半部分において解説されていることが多いと思われるが、法科大学院修了者としては、その訴訟手続上の取扱いとその根拠を理解しておくことが求められる。」**「民事訴訟法第114条に基づく既判力**

の内容を同条各項ごとに正確に論じることができている答案は、控訴審が第一審判決を取り消すことが反対債権について生じ得る既判力の有無に影響を及ぼすことを指摘できしており、また、**不利益変更禁止の原則**については、基本的な概念であって、その内容についても受験者において概ね理解されているものであったことから、控訴審がすべき判決の在り方について一定の結論にたどり着くことができ、相応の得点をとることができていたと考えられる。」「このことは、**既判力**という民事訴訟手続における基本的な概念について、必ずしも理解が深まっていないことを示すものとも考えられ、残念であった。」

《H28 採点実感—訴訟共同の必要と合一確定の必要の関係、訴訟共同の必要の判断基準》

「固有必要的共同訴訟における訴訟共同の必要と合一確定の必要の関係や、訴訟共同の**必要の判断基準**といった基本的な論点についてきちんとした論述ができないにもかかわらず、より応用的な、提訴拒絶者を被告に回す処理や共同訴訟参加による固有必要的共同訴訟の補正といった論点にはそれなりに論述ができていた。」

《コメント》

H20 採点実感における「基本書」、H27 採点実感における「教科書」という単語の記載から分かるように、試験委員は、基本書に記載されている事項かどうかをひとつの基準としているものと理解できる。そして、基本書に記載されていない事項については、問題文に情報を付加するなどの配慮をしている。

そうすると、**処分権主義**、**弁論主義**及び**既判力**などの手続上の重要概念について正確に理解することはもちろん、基本書に定義づけられている**概念**や**触れられている論点**についても正確に理解しておくべきである。特に、**証拠分野**や**複雑当事者訴訟**は手薄になりがちである反面、比較的高い頻度で出題されているので、苦手な者は早急に克服してほしい。

3. 問題文とヒント

《H21 採点実感—会話の中に論述についての指示が明示されている》

「設問では、裁判長又は弁護士と司法修習生との会話の中で**解答するに当たり前提とすべき事項**、**検討する必要がない事項が明示され**、その会話を踏まえて、設問に答えるよう指示されている。しかしながら、答案の中には、設問2の弁護士と修習生との会話において、第1訴訟と第2訴訟の訴訟物が同一であるとされているにもかかわらず、その訴訟物が異なることを前提に解答しているものもあった。また、設問1は、証拠調べをすることなく判決の基礎とすることができるかどうか問われているが、結論として**自白の成否のみ**を解答しているものなども散見された。解答に当たっては、問題文全体を注意深く読み、問われていることに正面から答えることが基本である。」

《H23 採点実感—論述の方向性が示唆されている》

「問題文で『「理論的基礎付けは難しい。」という結論になってもやむを得ません
が・・・』として**権利自白の撤回が制限されることを理論的に基礎付けることが難しいこと**は示唆されているのであるから、簡単に結論が出るような問題でないことは容易に分

かるはずである。それにもかかわらずそのような悩みが全く感じられない答案が大多数であったことは、誠に残念である。また、これらの点をほとんど論じずに、事実の自白の撤回の要件論に飛び付き、本問の事例への当てはめを長々と（第1回口頭弁論期日において被告側が本人訴訟であったことなどを取り上げて）論じている答案も多かった。これは、従来の採点実感等において受験者の事例分析能力や事例に即して考える能力に疑問が呈されてきたことから、本問においても事実の自白の撤回の要件論を本問の事例に当てはめることが求められていると考えた結果ではないかとも思われる。しかし、問題文をよく読めば、『**事実の自白の撤回制限効の根拠にまで遡った検討が必要**』になることが示唆されているのであるから、本問で中心的に問われていることが事例への当てはめでないことは分かるはずである。」

《H24 採点実感—論述の手掛かりや方向性は問題文の中にある》

「論じるべき事柄を受験者が容易に認識できるよう、問題文の作成に当たっては、かなり工夫をした。期待された論点が各答案で必ず論じられることを前提に、各受験者の理解の程度が論述に現れ、その差が評価に反映するといったことを狙ったからである。その結果、全体を通じて白紙に近い状態で提出された答案はほとんどなく、小問ごとに見ても、民事訴訟法上のどのような問題が問われているかは、おおむね把握されていた。その一方で、設問1の『**弁護士Lと司法修習生Pの会話を踏まえて説明**』『**処分証書とは何か、それによって何がどのように証明できるか**』といった基本に立ち返って』、設問2の『**Cの立場から**』など、問題文中に論述の手掛かりや方向性が与えられているにもかかわらず、それらを十分踏まえていないと思われる答案も目に付いた。その原因が、問題文を隅々まで読んでいないことにあるとすれば、法律実務家を目指す者として注意深さが足りないといわざるを得ない。」

《H25 採点実感—発言の一部分に着目すべきポイントが適示されることがある》

「設問1でいえば、弁護士L1の発言「**遺言という過去にされた法律行為の効力の確認を求める訴えですが、**」に着目すれば、「**現在**」「**過去**」という概念を用いて論点を整理すればよいことに気付くであろう。また、司法修習生P1の「**三十筆余の土地及び数棟の建物を含む全財産を遺贈する内容の遺言の効力が争われた事案において、**」という発言内容は、昭和47年最判の事案を分析する際に着目すべきポイントにほかならない。設問3及び4においても、後訴におけるGの訴訟代理人L3とその司法修習生P3とのやり取り（P3「**前訴において、Gの請求はその限度で認容されるべきであった**」、L3「**裁判所は、請求原因の一部であってGが主張していない事実を判決の基礎とすることができるか**」）が、検討の手掛かりや方向性を示している。〔設問3〕等の見出し以下の部分を最初に読んで、題意を早合点し、結局問題文全体を丁寧に読まない受験者が多いのではないか。試験時間の制約がある中で効率よく題意を把握するため、受験者が設問の部分から先に読むことを一概に否定はしないけれども、**登場人物の会話も問題文**であり、そこには出題者の意図が込められていることを忘れないでほしい。」

《H26 採点実感—ヒントを自らの議論の展開に用いる》

「関係する事実関係のほか、課題を解決するための手掛かりとなる最高裁判所の判決、解答の方向性又は視点を示唆する弁護士L1等の発言が問題文に示されているにもかかわらず、これらを自らの議論の展開に十分活用できていない答案が数多く見られた。設問1及び設問2では関連する最高裁判所の判決を説明・紹介しているが、それをどう自

分の解答における理由付けと結び付けるかについての論述が十分でない答案，設問3では既判力の一般的な意義や作用に関する論述に多くを割いている答案がその例である。」

《H27 採点実感—結論に向けた論述のために事例や検討事項を活用する》

「本年の問題においても，具体的な事例を提示した上で，上記のとおり，登場人物の発言等において，関係する最高裁判所の判決を紹介し，論述上検討すべき事項等を提示して，受験者の民事訴訟法についての基本的な知識を問うとともに，論理的な思考力や表現力等を試している。全体として，全く何も記載することができていない答案は少なかったが，上記問題文に示された最高裁判所の判決の内容や検討すべき事項等について，その吟味が不十分である答案，自ら考えた結論に向けての論述のためにその活用ができていない答案が数多く見られた。」

《H28 採点実感—判例の紹介を踏まえて考察する》

「問題文においては，昭和28年最判について，本案の前提として判断される手続的事項については独自の訴えの利益は認められないから訴訟代理人の代理権の存否の確認を求める訴えを不合法であるとした判例であると紹介している。これを踏まえて考察すれば，昭和28年最判は，ある訴訟の訴訟代理人の代理権があるか否かは，その訴訟の手続内においてその終局判決で解決されれば足り，これと別に訴えを提起し，その存否の確認を図るべき独自の利益は認められないという判断を示したものと（それ自体を学習した経験がなくても）理解することが出来る。」

《コメント》

毎年，問題文の中，特に発言部分には解答にあたっての注意事項やヒントが記載されている。注意事項のうち，「……は検討しなくてよい」というように，論述を制限している場合はその通りにすればよいだけである。これに対して，「『理論的基礎付けは難しい。』という結論になってもやむを得ませんが，ギリギリのところまで「被告側の権利自白の撤回は許されない。」という方向で検討してみてください。」（H23 問題文）及び「この条文を単純に類推適用するのではなく，人身損害の損害賠償を主として念頭に置いてそのような規定が作られた趣旨を参考にしてほしいということです。難問ですが，諦めないで頑張ってください。」（H26 問題文）などの注意事項は，受験者側に論述内容についての選択肢が存在するため，出題者の意に沿うことが難しくなる。ただし，このような意味内容の汲み取りにくい注意事項が示された問題については，受験者一般の答案の出来も悪くなる傾向にあるため，チャンスだと思って取り組んでほしい。

問題文のヒントについては，①それがヒントであることが分かりにくい場合と，②ヒントであることは分かるがどのように書いていいのかが分かりにくい場合と，③ヒントであることも何を書けばいいのかも分かる場合とがある。②と③を分けるのは，それまでの学習成果や現場思考力であるため，相応のトレーニングを積んでおくほかに対策はない。①の場合には，それがヒントであることに気がつかなければ論述の方向性に支障が生じる。①の具体例としては，「三十筆余の土地及び数棟の建物を含む全財産を遺贈する内容の遺言の効力が争われた事案において，」がヒントだとする H24 の問題である。同年の問題は，「三十筆余の土地及び数棟の建物」という記述をヒントとしていたところ，単に判例の事案を紹介しているのみであるとの読み方も十分可能である。では，どのようにしてヒントに気づくか。ひとつの方法として，具体的に問われている事案との

関係で、その問題文の記述がどのような意味を有するのかを考えることが挙げられる。H24の問題でいうと、「全財産を遺贈する内容の遺言の効力が争われた事案において」という問題文でも意味は通じるのであるから、あえて「三十筆余の土地及び数棟の建物」と記載していることには意味があるのだろうと勘ぐることができる。

意味内容の汲み取りにくい注意事項の意味が理解できなかったとしても、また、ヒントであることが分かりにくいヒントに気づくことができなかったとしても、論理的な論述を心がければ深手を負うことはないので、焦る必要はない。

4. 採点の基準—一応の水準の意味するもの

《H25 採点実感—採点の一般的基準「最低限押さえるべき論点の論述」》

「『優秀』な答案は、問われていることを的確に把握し、必要な論点を論じ、かつ、設問の事例との関係で結論に至る過程を具体的に説明できている答案である。このレベルには足りないが、問われている論点についての把握はできており、ただ説明の具体性や論理の積み重ねにやや不十分な部分があるという答案は『良好』と評価できる。これに対し、最低限押さえるべき論点が論じられている答案は、『一応の水準』にあると評価できるが、そのような最低限押さえるべき論点も押さえられていない答案は『不良』と評価せざるを得ない。」

《H21 ヒアリング—基本原理・原則に触れることで一応の水準に達しうる》

「設問1についても、そもそも弁論主義や自白の意義といった民事訴訟法の基本的な概念についての理解が不十分な答案もあり、それはやはり『不良』に該当すると考えられる。」

「小問3については、主張責任を負う当事者が相手方の主張する事実について争うかどうかを明らかにしない場合にどのように考えるかという、あまり教科書には載っていない論点を提示したのだが、関連する論点として擬制自白があるところ、これを擬制自白の問題として安易に結論を出している答案は、設問1全体としては、せいぜい『一応の水準』というところだろうと思う。この点について問題の所在は把握しているものの、検討の肉付けが不十分であるような答案は、『良好』と言っているのではないかと思う。」

「訴えの利益、訴訟物、既判力といった基本的な民事訴訟法の概念の理解が不十分な答案もあり、『不良』ということになると思う。小問ごとで申し上げると、小問1は訴えの利益に関する問題だが、十分な説得的な論述がなされている答案から訴えの利益の概念を簡単に書いて結論を導き出してしまっている答案まで様々であり、そういうものが『優良』から『一応の水準』に分かれることになったと思う。」

《H22 採点実感—分析的な検討ができずとも一応の水準に達しうる》

「①当事者の確定の問題があることを踏まえた上で（何の理論的説明もなく、当事者適格の問題と考えている受験生もあつたが理解が不十分である。）、②GがEになりすましていること（Gは、Eの代理人と称しているのではない。）の法的評価（例えば、顕

名なき代理類似のものとするなど) についての指摘があり、③弁護士代理の原則(民事訴訟法第54条)の趣旨を論じた上で、同原則の趣旨からして事案によって適用が制限される余地があるのかなど、本事例に適用した場合の具体的妥当性を意識しつつ、結論が導かれていれば、その論述内容の厚みに応じて、『優秀』又は『良好』と評価されよう。他方、このような考察なしに、『なりすましを了承しているEには手続保障を及ぼす必要はない』とか、『信義則上EはそれまでのGの行為を無効であると主張できない(追認を拒絶できない又は追認拒絶は無効である)』といった答案、訴訟経済や相手方保護の要請から直ちにGの行為の効力がEに及ぶとするような内容の答案では『一応の水準』に達することは難しい。」

「処分権主義の問題であることへの理解がうかがわれない答案(例えば、紛争の一回的解決に資することのみから条件付判決を肯定しているようなもの)は、『一応の水準』に達することは難しい。また、処分権主義の問題であることへの指摘があったとしても、単に、Aにとって全部棄却判決よりは有利(全部認容判決よりはFに有利)であるから、原告の意思に反せず、かつ、被告の不意打ちにならないとして結論を導くのみで、500万円の支払を条件とする判決について、分析的な検討ができていない答案は、『優秀』又は『良好』との評価を得ることはできない。」

◀H23 採点実感—正確な説明をしなければ一応の水準に達しない▶

「『一応の水準』に達するためには、最低限、債権者代位訴訟が法定訴訟担当の問題であることを意識しつつ、独立当事者参加のうちの権利主張参加と共同訴訟参加のそれぞれについて正しく説明することが求められる。しかし、前者につき、詐害防止参加を論ずる必要がないことは問題文で明示されているにもかかわらず詐害防止参加を検討している答案、権利主張参加と詐害防止参加との区別が分かっていないのではないかと思われる答案、後者につき、共同訴訟参加ではなく共同訴訟の要件(民事訴訟法第38条)を論じている答案など、『一応の水準』に達していないものも散見された。『良好』又は『優秀』と評価されるためには、単に該当条文の表現を引用するだけでなく、その解釈を展開することが必須であるが、権利主張参加と共同訴訟参加のどちらについても、該当条文の要件を答案に引き写すだけで、その解釈を展開するに至っていないものが少なくなかった。」

「共同訴訟参加については、債権者代位訴訟の判決の既判力が被担当者に及ぶことは理解しているものの、被担当者において既判力の矛盾が生じてもやむを得ないとして、それ以上の検討をしないまま共同訴訟参加を否定する『一応の水準』止まりの答案があった一方で、被担当者に既判力が及ぶことから被担当者を経由して他の原告適格者にも既判力が反射的に及ぶとの立場、被担当者において既判力の矛盾が生ずることを回避する必要があるとの立場などから共同訴訟参加の可否をきちんと論じている『良好』や『優秀』に該当する答案もあった。」

「固有必要的共同訴訟かどうかは問題となることについては、多くの答案が気付いていた。『一応の水準』に達するためには、それに加えて、判例がどのような見解に立っているか、判例によれば本訴請求の認諾と中間確認請求の放棄のそれぞれについてどのように考えることになるかを正しく説明することが求められる。」

「『良好』や『優秀』の評価を受けるためには、更に、判例『に無批判に従うことはせずに』それを踏まえて自分の考えを論ずる必要があるが、単に判例の結論を示すだけで、その矛盾や不都合の有無に全く言及していない答案も少なくなかった。」

◀H24 採点実感—最低限押さえるべき論点は出題趣旨の一部にとどま

る」

「『優秀』な答案は、問われていることを的確に把握し、上記において挙げられた論点をほぼ論じ、かつ、設問の事例との関係で結論に至る過程を具体的に説明できている答案である。また、このレベルには足りないが、問われている論点についての把握はできており、ただ、説明の具体性や論理の積み重ねにやや不十分な部分があるという答案は『良好』と評価できよう。これに対して、最低限押さえるべき論点、例えば、処分証書の意義や訴訟上の機能(設問1(1))、代理権の発生原因事実が主要事実であること(設問1(2))、被告知者が受ける効力の性質(設問2)、同時審判申出共同訴訟の意義及び性質(設問3)が論じられている答案は、『一応の水準』にあると評価できるが、そのような最低限押さえるべき論点も押さえられていない答案については、『不良』と評価せざるを得ない。」

「H25 採点実感—基本原則や条文の指摘は最低限押さえるべき論点に含まれる」

「確認の対象としては現在の法律関係を選択すべきであるという原則とその根拠を論じ(設問1)、遺言執行者の民法上の地位を、条文を示して説明し、本件における任務の内容及びその任務の終了を具体的に説明し(設問2)、請求原因に該当する事実の整理、主張共通の原則の適用場面であること及び後訴におけるGの主張が必ずしも紛争の蒸し返しとは評価できないこと(設問3及び4)の各指摘をすることができていれば、最低限押さえるべき論点が論じられているものとして『一応の水準』にあると評価できる。これらに加えて、昭和47年最判の正確な理解、本件事案への的確かつ具体的な当てはめ(設問1)、遺言執行者の訴訟法上の地位が法定訴訟担当であることや、管理処分権の移動の指摘(設問2)ができており、請求原因に該当する事実の的確な整理、当事者からの主張の存否の具体的な検討(設問3)に加え、Hの態度が信義則に反することをそのような評価を基礎付ける事情も含めて具体的に論じ、全体の論旨も明快な答案(設問4)は、問われていることを的確に把握し、答えているものとして『優秀』な答案と評価することができる。」

「H26 採点実感—少なくとも、自分の言葉で論じる姿勢を示す必要がある」

「『優秀』な答案は、問われていることを的確に把握し、各設問の事例との関係で結論に至る過程を具体的に説明できている答案である。また、このレベルには足りないが、問われている論点についての把握はできており、ただ、説明の具体性や論理の積み重ねにやや不十分な部分があるという答案は『良好』と評価することができる。これに対して、最低限押さえるべき論点、例えば、訴訟上の和解に表見法理の適用を否定する論拠としての取引行為と訴訟行為との区別、訴訟経済の不安定といった議論への評価(設問1)、訴訟上の和解に係る和解権限の範囲についての考え方(設問2)、人身損害の特殊性に着目した①又は(及び)②の構成による訴訟上の和解の既判力の修正(設問3)が、自分の言葉で論じられている答案は、『一応の水準』にあると評価することができるが、そのような論述ができていない、又はそのような姿勢すら示されていない答案については『不良』と評価せざるを得ない。」

「H27 採点実感—基本原則が事案に対してどのように作用するかを論じる」

「最低限押さえるべき論点，例えば，反訴請求債権の本訴における相殺主張の取扱いと予備的反訴の意義，その帰結（設問1），不利益変更禁止の原則の意義と具体的な作用の仕方（設問2），不当利得返還請求権の要件事実及び事案に即した既判力の作用の仕方（設問3）が，自分の言葉で論じられている答案は，『一応の水準』にあると評価することができるが，そのような論述ができていない，ないしそのような姿勢すら示されていない答案については『不良』と評価せざるを得ない。」

◀H28 採点実感—部分的に一応の解答ができていなくとも一応の水準に達し得る▶

「『優秀』に該当する答案は，例えば，課題1から課題3までについてアからウにそれぞれ記載した検討事項に答えるだけでなく，固有必要的共同訴訟となる理由についての突っ込んだ分析や訴え提起後の構成員の変動が訴訟の適法性に影響を与えることの論述などポイントを押さえている答案であると言うことができる。また，『良好』に該当する答案は，課題1から課題3までの検討事項に答えているものの上記のポイントには触れていない答案や，優秀な答案に準ずる内容ではあるが記述に正確性等が欠けているため評価が下がった答案であると言うことができる。『一応の水準』の答案は，例えば，課題2について記載すべき理由の一方を挙げていなかったり，課題3について非同調者について能動的な行動が期待できないことを踏まえていないなど，課題1から課題3までについて一応の解答すらできていないものが1つ以上含まれている答案であり，それ以下の論述にとどまる答案は『不良』と評価されている。」

「課題1及び課題2の双方について上記に示したような洞察までできていなくとも，双方の課題の趣旨を一応理解して論ずることができた答案は『優秀』に該当すると言えるものとなった。また，『良好』に該当する答案は，課題1について，第1訴訟中で終局判決をすれば足りる問題であると言えるのではないかと，という認識が明瞭にはなっていないものの，特に即時確定の利益を強調する中で「代表権の問題は実体法上の問題であり，様々な紛争の解決に資する」などと紛争解決の広がりやを認識していると抽象的には読み取れ，課題2についても上記の二つの要件の問題であることを指摘し，これに該当することをある程度具体的に摘示する答案などである。これに対して，『一応の水準』の答案は，課題1について昭和28年最判の事案とは異なると述べるものの理由付けは適切ではなかったが，課題2については上記の二つの要件の問題であることを指摘し，これに該当することをある程度具体的に摘示することはできている答案などである。それ以下の答案が『不良』に当たると評価された。」

「下線部分①から③までの問題意識に過不足なく答えることができていた答案が『優秀』に該当すると言えるが，例えば，下線部分①に関して権利能力なき社団が原告となった訴訟の法的性質に遡った論述ができていないとか，下線部分③に関して訴訟告知があると手段を指摘するだけで理由中の判断に参加的効力が及ぶといったことまで指摘することができていない答案であっても，他の部分を書けていれば『優秀』な答案であると言える。下線部分①から③までの問題意識のうち，例えば下線部分②の結論を誤るとか，下線部分③に関し訴訟告知を指摘できないなどその一つに適切に答えることができていない答案であっても他の二つの問題意識には答えられているといった答案や，それぞれの論述の精度が低いがいずれの問題意識にも一応答えられている答案は『良好』な答案であると言える。これに対し，下線部分①から③までの問題意識のうち，一つには答えることができていないものの，他の二つは誤っているか，中途半端なものとなっている答案は，『一応の水準』の答案であり，それ以下の水準のものは『不良』な答案であると言える。」

《コメント》

最低限押さえるべき論点について、事案との関係で必要な限度で正確に触れられている答案は一応の水準にあると評価される。ただし、問題文中の注意事項を遵守しない答案や、論理が一貫しない答案は不良との評価を受ける可能性がある。「最低限押さえるべき論点」とは、問題ごとに若干の誤差はあるものの、おおむね、事案との関係で適切な基本原理・原則を正しく指摘することにとどまる。

受験者としては、良好の評価を目指すのが現実的であると思われる。すなわち、事案との関係で最低限押さえるべき論点に対しては丁寧に論理を積み上げた上で、問題の特殊性に即して数行の肉付けを加えた答案を目指すべきである。

近年、一応の水準にあたる答案に関して「自分の言葉で論じられている答案」という記載が加わっていることに注意が必要である。反対解釈をすると、基本原理・原則を指摘できていたとしても、自分の言葉で論じられていないとして、一応の水準に達しないと判断される余地があるからである。この意味において、単なる論証の貼り付けは厳に慎むべきである。

5. 答案の書き方

簡易目次

- (1) 答案についての一般的注意事項
- (2) 基本概念や原則論を必要な限度で指摘する
- (3) 問題提起は要検討論点を端的に適示することでおこなう
- (4) 事案に対応した規範を立てる
- (5) 規範に具体的な事実をあてはめる
- (6) 結論を述べる

(1) 答案についての一般的注意事項

《H23 採点実感—不適切な答案》

「・論ずべき点が問題文で丁寧に示唆されている（設問1の『事実の自白の撤回制限効の根拠にまで遡った検討が必要』，設問3の「判例がある場合にはそれを踏まえる必要があります』など）にもかかわらず、これに注意を払わないもの。

・問われていることに正面から答えずに、結論に関係しない一般論を長々と論ずるもの、何か書けば点数をもらえると誤解していると思われるもの。

・論理を積み上げて丁寧に説明しようとしなくて、抽象的な用語（禁反言、相手方の信頼保護など）のみから説明したり、直ちに結論を導いたりするもの。

・当該事案における結論の妥当性のみを追求し、論理的な一貫性を欠いていたり、理論的な検討が不十分であったりするもの。」

《H20 採点実感—設問を超えた論理的一貫性も考慮される》

「論理の一貫性（各質問にまたがる答案を通じた一貫性を含む。）も重要である。設問3では固有の必要的共同訴訟としながら、設問4（3）で民事訴訟法第224条第3項が

甲社に適用になっても、他方被告Bには適用にならないとしたまま疑問が示されていない答案、設問4(1)で、転換説の問題点として、相手方の反証の余地があることを挙げながら、心証説を採用することにまったくちゅうちょのない答案が相当あったが、論理の一貫性の観点から問題があろう。」

《H27 採点実感—結論に至る理由を論じる》

「本年においても、各問題文中の登場人物の発言等において、論述上検討すべき事項や解答すべき事項が一定程度、提示されている。そうであるにもかかわらず、題意を十分に理解せず、上記問題文中の検討すべき事項を単に書き写すにとどまっている答案、理由を述べることなく結論のみ記載している答案などが多数見受けられたところ、そのような答案については基本的に加点を行わないものとした。」

(2) 基本概念や原則論を必要な限度で指摘する

《H26 採点実感—原則論が存在する場合には、それを先に指摘する》

「しかし、まず、和解条項第2項及び第5項について生じる既判力により本件後遺障害に基づく損害賠償請求権の主張が遮断される、という原則を指摘しない答案が相当数あった。法曹を目指す者の答案としては、このような原則を形式的に当てはめると不都合が生ずるところを、どのように解決していくかが求められているのであって、議論の展開を明確にする意味でも、論述を始めるに当たりそのような原則を指摘することは有用であらう。」

《H28 採点実感—基本的事項を正しく理解し適切に表現する》

「しかし、本年の問題も、そこで問われた内容が論点として認識され、学習の対象とされていなければおよそ解くことができないという問題ではなく、民法の基礎的な知識を前提に、民事訴訟の基本的な原理・原則や概念を正しく理解し、思考をめぐらせることで十分に合格水準に達することができる問題であるし、その過程を答案で適切に表現することが求められている点では従来と違いはないものである。」

《H20 採点実感—基本概念に立ち返って考える》

「未知の問題に出会った場合には、基本的な概念に掘り下げてそこから考えていくほかないのであるが、問題が、自分の知っている論点のうちのいずれかが問われているはずだという思い込みが強いせいか、問題文の方を無理に一般化してしまったり、問題の趣旨に沿っていない答案(例えば、設問3について、問題文に記載した時間の流れにまったく注目していない答案、設問4において、裁判官と修習生の会話の存在を無視して、どのような観点から検討するかという誘導に従っていない答案)が散見された。」

《H20 採点実感—基本的な概念は事案との関係で必要な限度で記載する》

「他方で、基本的な概念に掘り下げて検討するといっても、本問では、民事訴訟の基本理念(自由心証主義や弁論主義)の説明そのものを求めているわけではないことは問題文から明らかである。このような概念の定義や内容そのものを長々と論じている答案もあったが、無用な記載であって、問われたことに答えたことにならない。」

(3) 問題提起は要検討論点を端的に適示することでおこなう

《H26 採点実感—問題提起は端的におこなう》

「およそ何も書けていない答案は少なかったが、考えがまとまらないまま書き始めているのではないかと思われる答案も散見された。検討の必要があると考える論点を端的に摘示して問題提起をするのではなく、問題文にある設問自体を相当行にわたって書き写している答案、相互の関係性を明らかにしないで複数の論点を羅列する答案、設問に対する結論を示すに当たって、法的三段論法の過程を経ているとは評価できない答案がその例である。問題文をよく読み、必要な解答を頭の中で入念に構成した上で、答案を書き始めるべきであろう。」

(4) 事案に対応した規範を立てる

《H26 採点実感—規範を立てる》

「しかし、本人が和解案の受諾を拒んで帰宅したのに訴訟代理人が和解を成立させたという上記最高裁判所の判決における事情にとらわれ、これと対比すれば、そのような事情のない本件においては訴訟代理権の範囲内であると認められるなどと記載する答案が、相当数あった。また、反省して謝罪することは、Aにとって負担にならず、経済的な不利益もないとして、当該権限の範囲内であると結論付ける答案も相当数あった。これらの答案は、特段の規範を定立しないまま事実関係を評価して結論を述べているだけで、法律論の体をなしておらず、法曹を目指す者の答案としては十分な評価を与えることはできない。」

《H22 採点実感—抽象的な用語のみによる説明は避ける》

「『手続保障』、『信義則』、『紛争の一回的解決』、『訴訟経済』、『不意打ち防止』などといった抽象的な用語のみによる説明に終始している答案が少なからず見られた。しかし、そのような論述に止まることなく、各用語の意味内容を理解して、それを具現化している制度や条文により具体的に表現する努力が必要である。」

《H23 採点実感—利益衡量を経た規範を立てる》

「理論的に詰めて考えることをせずに、事案における具体的妥当性のみを目を奪われ、『LはKと同居しているが、Mは遠く離れた地方に居住している』、『MはKやLとほとんど没交渉となっている』といった本問の事例の個別的な事情（一般化することができない事情）を持ち出して、そこから安易に結論を導いている答案が少なくなかったことである。問題文に『本件での結果の妥当性を考えて』とあること、また、従来の採点実感等において受験者の事例分析能力や事例に即して考える能力に疑問が呈されてきたことが影響しているようにも思われるが、結論の具体的妥当性を追求するということは、妥当な結論を導くための理論構成を考えるということであって、個別的な事情から裸の利益衡量をして妥当と思われる結論を導くということではない。」

《H25 採点実感—規範の定立が難しい事案もある》

「既判力によっては妨げられない訴えを信義則に基づいて却下した判例（昭和51年最判，平成10年最判）を分析して一般的な規範の定立を試みる答案が多く見られたが，信義則による個別的な解決と一般的な規範の定立とは本来相容れないものであり，規範定立を試みた成果は乏しいと感じられた。」

(5) 規範に具体的な事実をあてはめる

《H26 採点実感—規範に具体的な事実をあてはめる》

「また，和解の内容が客観的に合理的であれば又はAの合理的な意思に合致するものであれば，和解の権限の範囲に含まれると論じるものの，本問において，いかなる事情から和解の内容が客観的に合理的なもの又はAの合理的な意思に合致するものと評価することができるのかについて，具体的な論証がなく，一方的に合理的である又は合理的意思に合致すると結論付ける答案も，相当数あった。これらの答案は，規範の定立をした上，これに当てはめることにより議論を展開をしようとする答案のように見えるが，その実，合理的あるいは合理的意思に合致すると結論を単に繰り返して述べるにすぎないものであるから，当該記載については評価することはできない。」

《H27 採点実感—具体的な検討を心がける》

「これに対し，反対債権の債権者としてその履行を求めて反訴を提起した後，それを本訴における相殺の抗弁としても主張した者としては，訴訟手続においてどのように審理されることを期待するのかという点を検討しつつ，予備的反訴に変更されることが処分権主義に反しない理由について論じることが期待されたところであるが，単にYの合理的意思に合致するとのみ抽象的に論じる答案が多かった。やはり，なぜYの合理的意思に合致するといえるのか，どのような当事者の意思を尊重すべきなのかといったことを検討してこそ，上記課題につき具体的な検討がされたものというべきであって，このような答案が高い評価を受けることは困難であろう。しかし，だからといって，解除条件が付されない反訴であれば当該反訴は却下されるが，解除条件付きの反訴であれば当該反訴は却下されないのだから，Yの合理的意思に反しない，と論じるような答案は，単に当事者の訴訟行為を適法と扱えば当該当事者の合理的意思に合致する，と論じているに等しく，予備的反訴という条件付きの訴訟行為として取り扱うことがYの合理的意思に合致するといえるのかについて，具体的な検討がされたものと評価することはできない。」

《H25 採点実感—当事者双方の事情を考慮する》

「一方，Hの態度にも着眼した上，その態度が信義則に反するという点を具体的な事情に沿って指摘できている答案は多くなかった。民事訴訟は，当事者双方及び裁判所のそれぞれにおいて事案の見え方が異なることから始まるものであり，当事者双方の視点から事案を検討することは，法律実務家にとって基本的な姿勢だと思われる。」

(6) 結論を述べる

《H25 採点実感—結論を述べる》

「設問で求められているのは原告Gの立場から立論をすることであり，答案の末尾にお



BEXA(<https://bexa.jp/>) Twitter@bexa.jp

いてその結論を明確に述べることも重要である。」