

2022年1月6日(木) 18時～

弁護士 内田 裕之

質問はメールでお願いします。

hiroyuki.uchida.law@gmail.com

第1 法律論文の作成において求められる能力とは

司法試験(予備試験も同様)とは、法律実務家登用のための試験です。実務家とは、裁判官・検察官・弁護士を指します。そして、実務家には、目の前にある事件に、適切な法律を選択・解釈し、あてはめることによって紛争を解決すること(予防すること)が能力として求められます。

採点実感を確認してみましょう。採点実感は、採点委員が問題において記載してほしい事項を記載したものであり、受験生にとって非常に重要なメッセージとなります。

【平成30年司法試験の採点実感】

※ 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(=基礎的知識の重要性和、事案への適用=あてはめ力)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(=双方の利益・利害に配慮した、バランスの取れた多面的な答案)、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(=横断的な法的知識、文章全体の一貫性≠論点主義、論理性のある文章作成力)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。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。

※法的論文の作成ポイント

- ・条文の指摘

どの条文の解釈問題であるかを指摘（端的に）

- ・法的三段論法

①大前提、②小前提、③結論、の論理を意識

大前提 法律要件 → 効果 法解釈

小前提 事実関係 → 法律要件 法適用（あてはめ）

規範定立 → あてはめ → 結論

※ただし、全ての項目について記載を分ける必要はありません。あくまで論理的な文章を作成するための思考、ツールに過ぎません。

- ・答案の分量

全体の8分の6．7程度

第2 本件の検討

過去問については、基本的には出題趣旨（あれば採点実感）をベースに、答案を組み立てていただきます。本件で論じるべき事項については、いずれも基本的事項ですので、もし知らない分野であったり、事案をみて適用条文が思い浮かばなかった人は、基本書で基本的知識や、どのように条文を使うか、事例を確認してください。

以下、採点実感からどのような答案が優秀であるかを確認していきます。

※ 3 採点実感

※改正前の民法から勉強している方は、債権法改正により、条文の内容が変更となった分野（特に危険負担と受領遅滞の条文）に注意してください。

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、責めにすることができない事由(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（＝特定の論点だけでなく、記述のバランスが取れている答案）、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（＝問題文の事例に即して、丁寧に当てはめができた答案）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。・・・（以下省略）

(参考答案)

※本番では全体の分量を考えて、適宜コンパクトに論述できるようにしてください。

・・・項目は、第1・1・(1)・ア・(ア)の順番

・・・項目は表題を付けるなど分かりやすくしても良いと思います。

第1 設問1について

1 Bは、Aに対し、本件売買契約（民法（以下「法」という。555条）に基づく代金支払請求を行っている。

これに対し、乙倉庫内の松茸は全て盗みされており、他の松茸を引き渡すことは困難となっているため、松茸の引渡債務は社会通念上履行不能となっている。そこで、Aは民法（以下「法」という。）法536条1項の当事者双方の帰責事由がないとして、危険負担により代金支払債務の履行を拒むことができるか。本件では、Aが受領を一度しなかったこと、Cの過失が介在しているため、Bの帰責事由（法536条2項）の有無が問題となる。

・・・問題提起。基本的には、条文と問題点を端的に指摘すれば足りる。

2 帰責事由の前提として、Bの保管義務の程度が問題となる（法413条1項）。

(1)ア 本件売買契約の目的は松茸という個性に着目しない種類物ではあるため、特定（法401条2項）がされている必要がある。調達義務から解放する見地からは、①分離、②準備、③通知を行った場合に初めて、種類物の特定がなされているというべきである。

イ 本件では、Bは松茸を収穫して分離し、5キログラムに箱詰めして準備の上、Aに電話して通知しているのであるから、種類物の特定がなされており、特定物の売買に該当する。

(2) そして、Bは準備の上引き取りを依頼しているのであるから、弁済の現実の提供を行っているところ、Aに受領遅滞（不能）がある場合には、目的物の保管義務の程度は、善管注意義務（法400条）から、自己の財産と同程度の保管義務に軽減される（法413条1項）。

本件では、弁済期が、9月22日の午後8時と指定されていたところ、Aは引き取りには行けない旨述べており、社会通念上、Aは松茸の受領が不能であったと評価することができる。

したがって、本件ではBの松茸の保管義務は自己の財産と同一の義務に軽減される。

3 では、Bに保管義務を怠った帰責事由はあるといえるか。

(1)ア まず、責めに帰すべき事由とは、損害の公平な分担という見地から、当事者の故意過失、または信義則上これと同視すべき事由をいうものと解すべきである。そして、他人を利用して活動範囲を拡大している以上そこから生じた責任も負うべきであるから、自己の手足として履行補助者を用いている場合には、この者の過失は

信義則上債務者の帰責事由と同視すべきである。

イ 本件についてこれを見ると、Cは収穫期に毎年雇用されていること、また倉庫での引渡や施錠を指示していることから、Bの指揮命令に服しており、Bの手足として履行補助者であると評価すべきである。

(2)ア では、Cに故意、過失があったといえるか。過失とは注意義務違反をいい、本件では松茸について自己の財産と同程度の保管義務を果たしていたかが問題となる。

イ 本件では、警察から盗難が相次いでいることから注意喚起を受け、強力な倉庫錠を利用し、二重に施錠することとされており、これを怠った場合には、特に成果物の生産を業として行っているBには、過失があるように思える。

しかし、本件においては、自己物と同様の注意義務のみで足りるところ、本件においては、通常は施錠されていれば自己の財産の盗難のリスクは一定程度回避できること、簡易な錠自体の施錠は行っていることからすれば、自己の財産と同程度の注意義務は果たしていたものと評価することができる。また、BはCに対して二重の施錠等厳重な管理を適切に指示しており、選任監督上の過失も認められない。

4 したがって、Bには過失はないため、法536条1項の規定により、反対給付である代金の支払債務の履行を拒むことができる。

以上