

法科大学院教育における起案力養成 (2・完)

——法学既修者2年次の起案力養成と中級事案研究——

山田 八千子*

I はじめに

本稿「法科大学院教育における起案力養成(2)」では、「法科大学院教育における起案力養成(1) —法学未修者の起案力養成とeラーニングシステム」(本誌前号掲載)に続き、2年次の必修科目の中級事案研究を素材にし、法科大学院教育における起案力養成の授業実践報告をおこなう。この中級事案研究という科目は、2年次生の起案力を養成することを目的として2015年度から導入された新しい科目である。前稿「法科大学院教育における起案力養成(1)」の対象となる学生が未修者として入学した1年次生であるのに対し、本稿の対象となる学生は、2年次生であり、未修者として入学した1年次生が2年次へ進級した学生に加えて、既修者として2年次に入学した学生も含まれる。

前稿では、対象授業である民法Ⅱが専ら起案力養成を目的としているわけではないことから、民法Ⅱの到達目標全体との関係で起案力養成をどのように位置づけるか自体を慎重に扱う必要があると述べた。すなわち、1年

次生については、いわゆる法学未修者(入学前に法律学の専門的知識を有することなく法科大学院の修了年数3年間を要する者)において、知識を伝達することに比重が置かれている授業の中で、起案能力を涵養することが必要かどうかということが問題になるのである。他方、中級事案研究は、法科大学院2年次段階で必要と考えられる起案力の養成を行うことを主たる目的とする科目であって、中級事案研究がおこなわれる2年次生は、法律学の専門的知識を身につけている状況にあるため、1年次生とその状況はいささか異なっており、同種の問題は生じない。しかし、中級事案研究において生じる固有の問題、起案力養成を主たる目的とするがゆえに生じる独自の検討課題がありうることに留意しなければならない。独自の検討課題の1つとしては、中級事案以外の法律基本科目の授業との関係である。2年次生は、いわゆる法学既修者(入学前に法律学の専門的知識を有すると認定された結果として法科大学院の修了年数を2年間に短縮される者)と法学未修者として入学して1年間に法律学の専門的知識を習得したと認定された者とを合体した集団である。当然のことながら、2年次生には法律基本7科

* 中央大学法科大学院教授、弁護士

目が配当されている。こうした法律基本7科目とは別に配置される中級事案研究の独自性や意味に、そして、授業において起案力を養成することの意義を検討することも必要となるだろう。

本稿では、筆者が初めて授業担当した2018年度後期中級事案研究の授業実践を紹介すると共に、法科大学院2年次生の起案力養成にとって授業が果たすべき役割について若干のコメントをおこないたい¹⁾。

II 中級事案研究の概要と起案力養成

1. 中級事案研究の概要

(1) 中級事案研究のカリキュラム

中級事案研究は、単位数1で、法律基本科目群に属し、法律基本科目7科目を対象とする必修科目であり、担当する教員は各科目2名の合計14名である。

授業の実施形式の概略は以下の通りである。法律基本科目1科目につき、50分で2回分の授業時間が割り当てられている。1回目の50分は、学生は、教室にて、担当教員が作成した事例問題を起案する。2回目の翌週の50分は、添削・採点済みの起案が学生に返却された後、解説講義をおこなう。解説講義では、学生が取り組んだ事例問題の解説がおこなわれると共に、添削・採点結果に基づき起案内容について教員が気がついた点等のコメントもなされる。この起案と解説という合

計100分の授業は、順次、科目ごとに7科目分おこなわれる。

評価の点であるが、評価は、合格不合格という形式ではなく、その他の法律基本科目一般と同様に、A、B、C、D、Eの評価によっておこなわれる。最終的な評価は、7科目の起案評価の合算した点数と定期試験の点数等との合算によって算出されている。起案評価や定期試験は、後述するようなプロセスで提出される採点結果が、点数としてそのまま加算されるのではなく、3分割で換算した評価に基づき、算出される。たとえば、優良可と分けて、それぞれに同一の点数を与える形である。他方、定期試験は、定期試験2時間あたり7科目の問題が出題され、その結果が合算される。2時間で7科目を解くわけであるから、単純に割算をすれば、学生は、試験時間内に1科目につき約17分で解かなければならないことになる。

2. 中級事案研究の実施工程

中級事案においては当然のことながら、起案と解説講義のみを授業時間内に実施するために、授業時間外での教員や学生がおこなうことが想定されている複数の工程が存在する。以下、この授業時間外でおこなわれる工程について、時間的スケジュールに沿って2つに区分して、説明をする。ただし、すべての科目で同様におこなわれているかについての調査をしたわけではないため、筆者が担当した民法科目特有の慣行が含まれている可能性が

ある点をあらかじめ留保しておきたい。

(1) 起案実施に至るまでの工程

まず、担当教員の側は、起案の事例問題を作成することが必要であり、加えて起案直後に配布される解説等を用意しなければならない。起案後の学生自身が起案した記憶の新たなうちに解説を見ることができるので、学生が当該問題に対する理解を深めるのには効率的であると考えられる。これが、解説講義の際ではなく起案作成の直後に解説等が配布される理由であると考えられる。また、解説等とは、解説と解説以外の資料を意味し、解説については必須であるが、解説以外の資料については各科目の担当教員の裁量に委ねられている。民法では、教員が作成したサンプル起案も配られている。サンプル起案の作成については、学生が鵜呑みにして批判することなく真似をするという悪影響も否定することはできないものの、制限時間内に一定の質の起案例が作成できるのだと示すことも必要であると考えられる。すなわち、制限時間内に一定の質で作成できない程のボリュームの問題を提出することは、中級事案研究という起案力養成の授業にとっては、その目的から遊離することになる。このように考えれば、少なくとも、教員側は、学生に配布するかしないかは別として、制限時間内で起案できるボリュームの起案例を作成してみる必要があるであろう。標準的な構成時間を15分弱とすると司法試験の答案用紙にして2枚、字数にして1500字前後が適当であると考えられる。なお、

以下の第2の工程において利用される採点基準も起案前に作成することが必要である。

(2) 即日起案実施から解説に至るまでの工程

続いて、即日起案実施から解説に至るまでの工程である。

事例問題を解いた学生側は、授業直後に配布された解説等を熟読して次週の解説講義に向けての準備をすることになる。他方、教員側は、学生が作成した起案の評価をするという工程がある。これは中級事案が学生へ添削・採点によって評価された起案を返却して解説講義をおこなう建て付けになっているからである。

起案の添削・採点の客観性を保つためには、採点者が誰であるかを問わず採点基準作成が必須である。とりわけ、中級事案研究の採点については、問題を作成した担当教員2名ではなく外部者がおこなうことになっていることから、採点基準作成の必要性はより一層高い。中級事案研究で用いられる採点基準表のフォーマットには、当該起案で記述すべき複数の論点等と各配点が記載され、各論点に配点された満点の点数のうち当該学生が何点を取ったのかについて記載することができるようになっている。

さて、起案の採点の仕方はいろいろありうるけれども、中級事案においては、採点基準表で満点が設定され——たとえば5点であるとか3点であるとか——、ある論点について5点が満点であれば、出来によって3点あるいは1点という形の比較的緩やかな形でおこ

なわれている。ここで補足すべき重要なことは、最低点としては1点が与えられるという約束事ができており、この約束事に従えば、その論点について全く触れていなかったり理解が間違っていたりした場合でさえも、0点ではなく最低1点は与えられることになっている点である。

採点は、点数を採点表に記入すると共に、いわゆる添削（間違っている点や改善点についての注意事項を起案上に直接に記載する行為）がなされるという方式がとられている。これらの採点・添削業務（採点、採点表への記入、添削）を担当するのは、主として中央大学法科大学院修了生で法曹資格を取得した後に中央大学の課外講座を担当したり実務基礎科目の補助をおこなったりしている弁護士（以下「実務家アシスタント」という。）である。実務家アシスタントは、担当科目教員が作成した採点基準に基づき、一人あたり10通から20通程度の起案の採点・添削をおこない、この採点・添削した起案は、採点基準表と共に、解説講義の授業を実施する日の前に、学生へ返却されると共に、担当教員も閲覧することができることとなる。

なお、筆者は、2018年度後期中級事案研究に際し、解説を担当するクラスの学生の起案すべてについて、筆者自身で採点および添削評価を実施した上で、添削した答案を学生に返却した。ただし、採点結果については手許に保管した。解説講義をおこなう対象学生すべての添削をおこなった主たる理由は、以下のようなものである。筆者は、前述した

ように中級事案研究を担当するのは初めてであり、かつ2年次生の民法科目の担当については5年以上遠ざかっていた。そこで、解説講義をおこなうに際し、学生の起案作成能力の状況全体を事前に把握しておく必要があると考え、この目的達成のためには、教員自身が採点・添削をおこなうのが効率的であると考えた。中級事案研究の解説講義が起案作成後約10日間で実施されることから、その間に50通余りの起案全部を添削する十分な時間的余裕があるかについては、正直にいうと疑問がないわけではない。しかしながら、後述するように、採点・添削を実施したことは、少なくとも執筆者が解説講義をおこなうには有益であったと考える。

3. 中級事案研究の到達目標と起案力養成について

中級事案研究の到達目標と起案力養成との関係について、法科大学院で求められる起案力養成の意義を踏まえて、考えてみたい。

(1) 中級事案研究の到達目標と法的推論

中級事案研究は、履修要項の記載によれば、その到達目標とは、「紛争の法的解決にとって必要な規範を見定め、必要に応じて適切な法解釈を展開するとともに、一定の事実から法の適用に必要な事実を抽出し、法規範に当該事実を当てはめ、法的な結論を導き出す力を身につけることを到達目標とする。」とされている。この到達目標は、法的推論する能力の養成という視点から、以下のように言い

換えることもできるだろう。

法規規を選択した上で（事実に関規を当てはめる適用の段階）、選択した法規規の適用・解釈をおこなう。これと同時に循環的に（むしろ円環的という表現の方がふさわしいかもしれない）、事例問題の事実から法規規を適用し解釈するための必要な事実を過不足なく抽出する作業を進める。そして、以上の2つの作業の結果を統合するため、抽出された事実を法規規に当てはめる（規規に事実を当てはめ包摂する段階）という作業をおこなう。そして、これらの一連の作業は、ある一定の方向性つまり適切な結論の導出という一定の方向性を見据えておこなわれるのである。

こうした一連の作業は、①中級事案研究のような50分という短い起案作成にあっても、②司法試験のような2時間でなされる起案にあっても、③司法研修所集合修習で実施される4時間から6時間程度の時間でなされる「即日起案」にあっても、④専門法曹として時間の制約なしに（もちろん合理的な時間の制約はあるにしても）なされる起案にあっても、基本的には同じである。ただし、5分から10分程度の非常に短い制限時間で事例問題への解答を起案するような場合には、必要な事実を抽出する作業をおこなう余裕はなく、むしろ知識の確認を目的とする択一問題に実質的には近くならざるをえないと考えられる。なお、後者の司法研修所における起案と専門法曹における起案とは、前者の中級事案や司法試験と比較すれば、事実認定という性質の異なる作業が加わる点で大きく異なっている。

そして、実は、専門法曹がおこなう起案は、司法研修所で用いる事件記録——人工的に構成された事実ではなく生の事実を対象とする記録——を利用する点で、法曹の資質養成にとって、最初の3つとは極めて大きな違いがあるといえる点には注意が必要である。

（2）実務法曹養成のための必要条件としての起案力

まず、実務法曹としての十分な専門能力を身につけるためには何が必要かという点について、前稿である「法科大学院教育における起案力養成（1）—法学未修者の起案力養成とeラーニングシステム」でも記述した点であるが、再度確認したい。

実務法曹として十分な専門的能力を身につけるためには、①学術的知識、②実務的知識、③オン・ザ・ジョブ・トレーニングという3つの次元の異なる要素が専門家としての法曹養成にとって必要である²⁾。そして、中級事案研究で養成されるべき起案力は、③オン・ザ・ジョブ・トレーニングや②実務的知識修得においても必須となる前提的な技能であると同時に、①学術的知識が実務家として有用な形によって修得されているかどうかを見極める重要な能力となる。たとえば定評のある基本書を一字一句丸暗記するという方法は、学術的な知識の1つの修得方法かもしれないけれども、それだけでは実務家として有用な形で修得されたとはいえないだろう。

法学未修者である1年次生の段階においては、学術的知識を道具として用いることがで

きるのに最低限必要な限度で身につけるために起案力の養成が求められたけれども、2年次の段階では、学術的知識が最低限度身につけていることは前提として、いわばこれを生かす起案力という技能を有しているかどうかを確認されることになるのである。

学術的な知識を身につけたからといって、オートマティックに事案を踏まえた起案力が身につくわけではない。その理由は、ドグマすなわち法教義としての法学のありようを考えれば明らかである。たしかに法規範は究極的には必ず事案解決と共にでなければ生成はしない。しかし、一旦生成された法規範が、その後、一定の思想を背景にした抽象化の過程あるいは継受の過程のうちに、事案と切り離された、いわばドグマティックすなわち法教義学的な形で独自の発展を遂げるというのは、近代法の過程の中でしばしば生じてきた。こうした傾向は、コモンロー諸国でも大陸法諸国でも実は多かれ少なかれ当てはまるものであると考えられるもの³⁾、ヨーロッパ大陸法の系譜に基本的に立つ日本法では、よりいっそう当てはまることになるだろう。たとえば、後述するように、不動産に関する対抗要件主義についての民法177条を説明せよという問題に適切な解答ができるからといって、事例に則して177条を的確に活用するという能力が身につけているとはいえないのである。もちろん法制史の分野を取り上げるまでもなく、こうした学術的知識の深さが独自の価値を有することは言うまでもないものの、法曹養成にとっての必要性については一定の限界

があるものと考えられる。

(3) 法律基本科目における中級事案研究の位置づけ

以上の点を踏まえると、法科大学院2年次以降の起案力養成とは、法科大学院以前あるいは未修者1年次で身につけた体系的学術的知識を事案に即した形で、場合によってはいったん法教義学の縛りから解き放った上で、活用できる能力を、論理的に表現する力と共に修得させることである。

では、2年次生、3年次生のどこでこのような起案力を養成する場を設けるべきなのか。カリキュラムをどのように組み立てるかは各法科大学院の裁量の範囲内であるから、一般的な法律基本科目に加えて中級事案研究のような起案に特化した科目を置くべきかどうか、あるいはそもそも起案力を養成するということを法科大学院の授業の到達目標に置くべきかどうかは、各法科大学院のカリキュラムの組み立て方に依存せざるをえない。たとえば、2年次生の一般の法律基本科目の授業の中では起案力養成に向けた授業はおこないえない、あるいは2年次生の一般の法律基本科目の授業の中では起案力養成を目標とした授業を部分的におこなっているけれども、これに加えて、起案力養成に特化した授業をおこなう必要があるという場合もあるだろう。また、2年次あるいは3年次の一般の法律基本科目において過不足なく起案力養成に必要な授業を実施していることから、中級事案研究のような起案力に特化した授業は実施する必要はな

いという対応もありうるだろう。たとえば、2018年度において筆者が担当した中級事案研究の民法については、2年次生の法律基本科目群の中で民事法総合Ⅰという4単科目が提供されており、民法全体にわたる範囲について事例研究の形式で授業が実施されている。また、民法の領域では、いわゆる要件事実論についての知識が必須となるが、実務基礎科目としての民事訴訟実務の基礎（必修科目）の2単位も2年次で授業が実施されている。中央大学法科大学院では、2018年度において、この民事法総合Ⅰと民事訴訟実務の基礎の2科目に加え、中級事案研究において、民法起案に関する授業が実施されているわけである。

筆者の立場は、前稿で述べたように、起案力の養成は、実務法曹として要請される、学術的知識のネットワークを頭の中に構築することのためにこそ、言い換えれば、単なる典型論点暗記型の学修方法に陥らないためにこそ必要なものであるという立場である。この点の認識は、2年次生あるいは3年次生を対象とする授業かによって変わることはない。ただし、それを起案力養成に特化する中級事案のような科目を設けず2年次生以降の必修の法律基本科目でおこなうのか、それとも起案力養成に特化した中級事案研究のような法律基本科目を必修として設置する必要があるのか、起案力に特化した授業を設けるとしても本中級事案のような1クラス単位でおこなうのではなく10名前後の少人数で実施すべきかどうかについては確定した意見を現在の

ところ用意しているものではない。とりあえず、本年度はじめて担当した中級事案研究の授業実践報告によって、この問題を考える契機としたい。

Ⅲ 2018年度中級事案研究の民法科目の授業実践について

Ⅱで説明したように、中級事案起案は、即日起案と解説講義の各50分で構成されるが、担当教員側は、(1)起案に至るまでの工程、(2)起案実施から解説に至るまでの工程、(3)解説講義の実施という3つの工程で、当該講義に関わることになるため、以下、(1)(2)(3)の3つに分けて、授業実践について紹介し、コメントを行う。なお、本稿執筆当時には、定期試験は実施されていないため、定期試験については紹介することはできない。

(1) 即日起案に至るまでの工程

起案に至るまでの工程で、最も重要なのは、当然のことながら、問題文の作成である。50分という時間的制約の中で、基本的な法的な知識が備わっていることを前提にして、どのような問題を提出するか。前述したように、本稿執筆者が2年次生の法律基本科目を担当したのは5年程度前であり現在は1年次生の法律基本科目を担当していることから、1年次生の民法修了程度を想定し、1年次生の定期試験問題と同レベルの問題を作成した。実際に原案として作成した問題は、本年の民法Ⅱ（法律行為の一部、債権総論の一部、契約

総論，契約各論の領域を扱う)の1年次生の定期試験問題候補として予定していたけれども出題しなかった問題の一部である。

まず，問題文の概略を紹介し，このような

問題の出題理由を簡単に説明をしたい。実際の問題文は末尾の資料1に掲載したが，シンブルな形に直せば，以下の通りの問題概要である。

中級事案の民法事例問題の概要

土地賃貸人と土地賃借人との間に建物所有目的で土地賃貸人所有の土地を賃貸する契約が締結され，これに基づき土地が賃借人に貸し渡された。その後，土地賃借人が当該土地上の同人名義の建物を建築し，建物賃貸人(土地賃借人)と建物賃借人との間に建物賃貸人所有の土地を賃貸する契約が締結され，これに基づき建物が建物賃借人に貸し渡された。その後，土地賃貸人は，土地賃借人の賃料不払いに基づき，土地賃貸借契約を解除した。当該事実関係において，土地賃貸借契約を解除した土地賃貸人は，建物に居住している建物賃借人に対し，建物退去・土地明渡を請求することができるか否かを問う問題である。なお，当該問題では，賃料不払いをめぐる複数の事情(不払期間，過去の支払状況，建物賃貸人の修繕義務を肩代わりした等)が記載されており，また，建物賃借人からの主張として，土地賃貸借契約解除前に建物賃借人側に賃料代払の機会を与えてくれれば支払ったから代払いの機会を与えず解除は適切ではないという主張も記載されている。

当該起案にあたって論じてもらいたい論点は，以下の5つであり，これらに答案作成の形式面を加え，6つの項目に分けて採点基準を作成した。採点基準については，合計で26点満点にしてもらいたいという科目担当者申し合わせがあったため，以下の④と⑥については3点，残りは5点を配点した。予定している6つの項目および配点は以下の通りである。

- ① 物権的請求権をめぐる主張と反論を適切に指摘できているか。(配点5点)
- ② 土地賃貸借契約解除の民法541条の主張が適切に検討できているか。(配点5点)
- ③ 土地賃貸借契約解除における信頼関係破

壊について，適切に検討できているか。(配点5点)

- ④ 土地賃貸借契約解除の民法541条の但書が適切に指摘できているか。(配点3点)
- ⑤ 第三者である建物賃借人に代払いの機会を与えていない場合，解除を第三者に対抗できないかについて，建物賃借人が正当な利益を有する第三者かの検討を含めて，適切に検討できているか。(配点5点)
- ⑥ 改行，項番号，文字等，読みやすくする工夫がされているか。(配点3点)

本問は契約法の領域の出題である。土地と土地上建物の所有者が異なることを認める日

本法において、土地賃貸借契約と土地賃借人が建築した建物賃貸借契約の関係という基本構造が押さえられていることを前提として、各論的には、①から⑤の問題に適切に対応できることを求めた問題である。民法典の典型契約の中で最も重要な契約は、売買契約と賃貸借契約であり、とりわけ不動産の賃貸借契約は、社会的意義が大きい重要な契約である。そして、日本民法が土地と建物との独立の所有を認めていることも相俟って、三者が登場する複雑な法律関係となることも多く、また、継続的な関係という特徴から、一般条項である信義則に源を有する信頼関係に顧慮する必要性もしばしば生じ、さらに場合によっては借地借家法の特別法に目配りすることが必要となる。このような様々な理由から、不動産賃貸借契約をめぐる法律関係を正確に理解して、これをめぐる紛争を的確に取り扱う起案を作成することは、法科大学院生にとって重要であると考えて、出題をした。また、周知のように2020年4月から改正民法が施行されるが、この改正民法に従い問題は作成されている。よって、改正民法についての理解の必要性を意識させる問題になるようにも心がけた。また、扱っている判例については、学生が普段使っている標準的な判例付き六法である有斐閣の判例六法(平成31年版)記載の判例に限定し、解説講義時に判例六法の判例番号を知らせた。

既に述べたように、中級事案においては、添削・採点をおこなうのは問題を作成した教員ではなく、実務アシスタントであるから、

採点基準は適切な採点をおこなうために十分な内容を有するものでなければならない。このため、採点基準表上で留意点として記載したのは、それぞれ以下の内容である。

①の「物権的請求権をめぐる主張と反論を適切に指摘できているか。(配点5点)」については、土地賃貸借人が建物賃借人に対し物権的請求権を行使する場合の要件、これに反論して占有化正当化権原を主張する建物賃借人の主張について、不足なく記載されていれば満点の5とする。土地賃貸借と建物賃貸借の関係をふまえて、建物賃借人占有侵奪の形態、建物居住目的とこれに基づく引渡し記載されていなければならず、単に物権的請求権、建物賃借権で反論できるのでは不十分であるとされた。

②の「土地賃貸借契約解除の民法541条の主張が適切に検討できているか。(配点5点)」については、条文を正確に指摘してあてはめをすると同時に、これが停止期限付き解除であることの指摘まで求めたいとした。

③の「土地賃貸借契約解除における信頼関係破壊について、適切に検討できているか。(配点5点)」については、いわゆる評価の構成要件の構造、主張立証すべきは信頼関係不破壊を基礎づける事由なのか信頼関係の破壊を基礎づける事由なのかを意識した記述を一般論として求めると共に、あてはめでは問題文から評価の基礎となる事実を過不足なく指摘してもらい、さらに事実を羅列するのではなく、整序して記載してもらいたいとした。

④の「土地賃貸借契約解除の民法541条の

但書が適切に指摘できているか。(配点3点)については、軽微な瑕疵について、当該主張ができないことを簡単であっても条文をふまえた指摘を求めたいとした。

⑤の「第三者である建物賃借人に代払いの機会を与えていない場合、解除を第三者に対抗できないかについて、建物賃借人が正当な利益を有する第三者なのかの検討を含めて、適切に検討できているか。(配点5点)」については、新民法474条の要件を挙げて適切にあてはめた上で、代払いの機会を与えなければ対抗できないかについて検討してもらいたい、必ずしも判例の立場であると敷衍される

立場(建物賃借人に原則的に代払いの機会を与える必要はない)を採用する必要はないとした。

⑥の「改行、項番号、文字等、読みやすくする工夫がされているか。(配点3点)」については、単なる技術的なものではなく、起案構成段階の問題として、内容検討プロセスに直結しているかをみることにした。

解説については掲載を省くが、解説の冒頭に解説概要として以下のような内容の記載をした後に各論の問題点の解説をおこない、採点基準表と対応する形とした。

中級事案の民法の解説の抜粋

本問題は、土地上の建物賃貸借契約を素材としている。全体としては、土地と土地上建物の所有者が異なることを認める日本法において、土地賃貸借契約と土地賃借人が建築した建物賃貸借契約間の関係という基本構造が押さえられていることを求めている。この基本構造が押さえられていることを前提として、各論的には、以下の問題に適切に対応できることを求めている。

第1に、土地所有者のAが土地上建物に居住するCに対し明渡しを主張する場合のAの主張とこれに対するCの反論についての正確な法律構成である。まず、Aの主張として、甲土地の所有権に基づく物権的請求権としての乙建物退去・甲土地明渡請求について記述することが必要である。そして、Aの主張に対するCの反論として、Cの建物占有を正当とする権原を基礎づける法律構成につき正確に述べる必要がある。第2に、建物賃貸借人Cの正当な占有を基礎づけるBの土地賃貸借は、Bの債務不履行に基づきAによって解除されているわけであるから、Aの解除自体の有効性、Aの解除が有効であるとしてもAはこれをCに対抗できるかどうか論じられなければならない。第2の点については、新法をベースとする契約総論の解除の条文の適用、継続的契約である賃貸借契約固有の信頼関係破壊の理論の適用、土地賃貸借契約の賃料不払解除において土地賃借人は建物賃借人に対し賃料支払の代払い機会を与えなければ、その契約解除を対抗できないか否か等が問題になる。

本問では、以上のように、いわゆる論点についての検討を要するものの、これに尽きるわけではなく、民法のパンデクテンシステムという構造をふまえて、債権総論、契約総論、契約各論の関係を理解していること、正確な条文操作ができること、問題文のうち必要な事実関係と不要な事実関係を取捨選択し

的的確に拾い上げて当てはめができること（前提として法的三段論法を展開できること）、文章としてわかりやすく整合的な記述ができること等も求めている。

(2) 即日起案実施から解説に至るまでの工程

解説講義をおこなう学生の起案について採点添削をおこない、添削した起案を当日学生に配布した。採点については、成績評価に当たり2年次生全員に画一的な取り扱いをする必要があり、実務アシスタントの採点に基づき成績評価をおこなうことを考慮し、返却した起案には記載しなかった。本来は、解説実施前に余裕をもって学生に返却すべきであったけれども、筆者の能力が原因で、当日講義時に返却したので、この点は反省点である。実務アシスタントの採点・添削した起案は、講義前日に教員が閲覧できるように準備されており、ざっと一読はしたものの、自らの採点・添削を優先したこともあり、すべて詳細に確認するには至らなかったから、以下は、主として、教員自身が採点・添削した結果である。

採点・添削したことによって、当初予定していた起案内容と想定外のことが何点か生じていることが確認できた。主要なものは、以下の通りである。

第1は、本件は土地賃貸借人が建物を建てて建物賃貸借をした事案であるので、判例通説によれば、転貸借の事例ではないが、転貸借事例とする答案が予想外に多かった。たしかに、建物の利用には土地の利用権が必要で

あるとする少数説によれば、転貸借が成り立つ事案である。この少数説に立つことは可能であるけれども、その際には、そこに対立する立場しかも権威を有すると了解されている判例・通説が存在するのだから、対抗する立場である判例・通説を踏まえた上で少数説にたっていることを明示することが実務家としては求められる。逆に、判例・通説の立場に立つならば、学術論文ではないのだから、すべての少数説に言及する必要はない。しかし、少数説であることを意識して、転貸借であるということを展開している起案は、私が見た限りではなかったので、おそらく単純な事案の読みか違いか、知識不足である蓋然性が高い。なお仮に転貸借が成り立ったとしても、無断転貸ではないという事実関係を設定しており、しかも土地賃貸人は、建物賃借人に対し、転貸借契約の解除に基づく原状回復請求権と並んで、所有権に基づく物権的請求権としての建物退去土地明渡請求ができるから、起案の筋道としては、特段問題がないとは思っていたものの、転貸借構成にした者のうち所有権に基づく明渡請求権構成を取っている者は稀であった。

第2に、541条本文の要件が具備された場合において、541条但書の「債務不履行がその契約および取引上の社会通念に照らして軽微であるときは」解除することができないと

いう条文といわゆる信頼関係破壊理論との関係について理解が混乱している起案が相当数あった。この541条但書は改正法によってはじめて規定された内容である。従来の契約解除541条等における判例理論としての契約目的達成にとって必要な場合に契約解除ができるという理論と信頼関係破壊の理論とがどのような関係に立つかというのは、元々議論があるところである。また、541条但書と従来の判例理論の関係も、施行前であるから当然のことではあるが、判例では判示したものはない。こうした点を勘案すれば、541条但書の扱いは実は結構複雑であるけれども、少なくとも条文としてある以上は、知識がなかったとしても、どのように対応すべきかはその場で判断して欲しい。541条但書には採点としては3点、信頼関係には採点として5点が振ってあるけれども、原則例外構造を基本とする法的推論においては、541条但書は例外となる但書規定であるから、当該事案ではそもそも適用の余地がない場合ならば、541条但書には言及しないというのも理に適った姿勢である。また、賃料不払いのような債務者にとって主たる給付義務であることが明らかであるという点を示していれば、541条但書に触れないというのも、法的推論としては適切な方法であると考えられる。この点で、3点か5点かの配点枠のため、541条但書については3点の配点としたけれども、バランスはいささか失しているかもしれない。なお、同種の問題は、改正前民法95条の錯誤無効の事案で、明らかに重過失ではないという事案で

95条1項の但書にある重過失に触れるかどうかという問題に典型的に表れるだろう。

第3に、代払いの機会に関する扱いである。具体的な当事者の利益状況を踏まえると、代払いの機会を与えなかったということは必ずしも適切とはいえないかもしれないけれども、そのことから直ちに建物賃借人が土地賃貸人に対して、解除の無効を主張できるかは別の問題である。催告により代払いの機会を与えるべきという条文はなく、判例については転貸借の場合に転借人に支払の機会を与える必要はないという判例がある（最判昭37・3・29民集16・3・662）。結論としてはどちらもありうるが、当該判例を知っていれば、転貸借と土地上の建物賃借借と事案は異なるものの、価値判断は共通であるから、この判例も視野に入れて起案をすると想定されるが、当該判例の存在自体を知らないと見受けられる答案も散見した。また、建物賃借人の主張については、信頼関係破壊の理論の適用が解除の有効性自体を問題にするのに対し、催告の必要性は必ずしも解除の有効性自体を否定するのではなく、土地賃貸人は建物賃借人との関係で解除の主張ができないという法律構成である。しかし、反論の法的地位の区別自体が曖昧な起案も多かった。当該問題は、裸の利益考量をして、当該事例だけの解決をはかるのではなく、普遍化をすることで一般化した法規範定立により解決を図れるかという態度を有しているのかを訊いている。一般化した法規範を知識として準備していない場合においては、不都合な結果を意識しつつも形式的な

推論を示し、具体的な妥当な結果をあえて無視をするというのも、法教義学的であるという批判はあるかもしれないが、法的推論のありうべき1つの方法であり、起案上で裸の利益考量のみの展開の方は法的推論ですらないと考える。ただし、問題文に建物賃借人の主張が手がかりとして記載されているのだから、何とかこれに関連付けて、しかも法的推論という条件を充たし起案をおこなってもらいたかった。

教員自らが採点・添削したからこそわかった点として、教員が予定していなかった論点、しかも誤った理解で論点を展開している起案が散見した。それは、土地賃貸人と建物賃借人との間を対抗関係として民法177条と借地借家法を用いて処理する起案である。177条、およびこれにつき605条を通して借地借家法を適用する場面は、土地が売却されたり、建物が売却されたりすることで、いわゆる第三者が出てきた事案であって、本件はこれに該当しないことは明らかである。原因を探ってみると、1つの原因には、不動産賃貸借の問題であるから借地借家法が出るのではないかという、いわば論点先取・事案遊離型の起案態度が挙げられるようである。この点の誤りは、むしろ評価を著しく下げる要因であるけれども、採点基準には事前に反映することができなかった。こうした論点先取・事案遊離型の態度は、直ちに修正すべき重大な欠点である点を、伝えることができたのも、教員自身が採点／添削して良かった点である。

(3) 解説講義の実施

(2)の添削採点をおこなった内容を踏まえて、学生に伝えるべきと考えたことはたくさんあったが、解説講義の時間が50分と限られていたため、伝えたいと考えたことはすべて伝えられないと事前に予想できたため、授業準備に際し幾つかの工夫をした。

まず、当日新たな配付資料については、2種類を用意した。一つ目は、解説の補足資料の配付である。事前に配布している参考答案に対応する形で、採点した結果として、とりわけ留意すべき事項を記載した、いわば解説と参考起案を合体して対照できる資料である。もう一つは、学生作成参考起案の配布である。筆者が採点した答案の中で総合的に最も優れていると考えた起案を匿名化して本人に了承を得た上、配布した。教員の参考起案よりも、学生の参考起案の方が場合によっては有益であることは、前稿「法科大学院教育における起案力養成(1)―法学未修者の起案力養成とe-ラーニングシステム」で説明した通りである。

授業自体は、以下の三つの論点に絞った形で解説をおこなったが、論点に入るに先立ち、自己紹介を兼ねて、民法司法試験出題趣旨から必要とされる能力、基本的な知識(知)、②あてはめの能力／法的三段論法(論)、③一読してわかる表現力(表)が必要であるということを伝えた⁴⁾。この3つについては、解説の補足資料中に、基本的な知識(知)、②あてはめの能力／法的三段論法(論)、③一

読してわかる表現力(表)という短縮した記号を用いて、それぞれ留意すべき事項として記載してある。なお、本講義到達目標が第一次的には司法試験における起案力養成であることをふまえて、時間制約、無益の記載事項は直接的には点数のマイナスにならないが時間を費やすために結果的には総合点にはマイナスとなること等を知らせた。これは、専門法曹として起案を書く際にも、簡にして要を得た起案を書く必要があるため、重要である。

具体的には、「1 Aの主張構成 所有権に基づく建物退去・土地明渡請求権」「2 Cの反論としてのAB間の契約の解除は効力なしの主張 ①541条本文、②541条但書、③信頼関係破壊の理論」「3 建物賃借人の代払い機会不確保に基づく、解除が自分に対抗できないという主張」という3つに分けて、それぞれほぼ同一の時間を使って、採点・添削した結果を中心として、講義をした。しかし、50分であるから各論点に10分強しかかけられなかったため、学生と双方向のやりとりをする時間は全くもてなかった点は残念であった。

IV 結びに代えて——今後の検討課題

日本の法廷法曹としての法律専門職の法曹三者にとって、個別的紛争の解決に必要な起案する能力は、最も重要な能力であり、その専門法曹を育てる法科大学院で起案力を養成することは、きわめて重要である。この点は、

司法試験は、択一試験だけではなく事例を題材とする起案問題が出題され、評価が起案問題を主軸としてなされることにも表れている。そして、一定の法律的知識を有する2年次生に対して事例問題に対する起案力を高めることは、1年次生に対する以上により一層必要である。というのは、1年次生にとっての起案力養成は法律学の学術的な知識ネットワークをつくりこれを活用する土台のために必要であったのに対し、2年次生は、学術的な知識のネットワーク(条文や判例)ができているところで、これを起案という形で表すことが本格的に養成されるからである。

昨今の法科大学院をめぐる様々な状況を鑑みても2年次生でこの能力を養うことは必要である。この点で、起案力を養成する授業は重要であることは疑う余地がない。ただし、留意すべきは、これをどの授業で育成するかである。2015年度から実施した中級事案研究は、法科大学院で必ずおこなわれている2年次生の科目ごとの事例研究型の授業ではなく、起案力に特化した法律基本科目すべてをカバーする授業である。初めて担当したために理解が不十分な点や誤解があるかもしれないので、印象論に留まるけれども中級事案研究には幾つかの課題があると感じた。

第一は、解説時間の少なさである。上述のような授業運営では、学生との間で十分な双方向のやりとりをすることができなかった。問題文のボリュームや形式を工夫すればよいのかもしれないが、単なる知識の伝達ではなく事案から事実を抽出し法律構成をするとい

うのに適した問題は、おのずから一定の長さが必要であろう。

第二は、採点・添削の仕方である。今回は筆者が採点することにより、学生が当初予定していなかった記述をしたり、予想外の間違いをしたりすることが発見できたし、傾向は、クラスによっても異なるような印象を持った。従って、教員自身が解説をする全答案を事前に目を通す方が結果との関係では効率的であるけれども、これは時間的余裕との関係でどれほど現実性があるかは疑わしい。他方で、実務アシスタントのような第三者に採点・添削を委ねることは、現実性はあるけれども、別の問題が生じる可能性がある。まず、実務講師の採点が、10通から20通程度のグループごとになされている点である。採点は、採点者間のばらつきを防止する目的でグループごとの偏差値でなされている。しかし、前稿「法科大学院教育における起案力養成（1）—法学未修者の起案力養成とeラーニングシステム—」ではっきりと表れたように、アトラダムなグループ分けであったとしても、評価の高い低いで偏ったグループ分けがされる可能性は否定できない。採点基準が十分に客観的にかつ活用されていれば偏差値よりも絶対評価の方がむしろ適切であると考えられるかもしれない。ただし、採点基準については、学生側が教員側の予想を超える記述をするという可能性を否定できないから、この点で、望むべくは起案を教員が一読してから採点基準表を見直すという方法が想定出来るが、これも時間的な点で難があるかもしれない。

以上のような幾つかの問題を踏まえると、そもそも起案の採点自体が成績評価に反映される必要があるのだろうかという問題が出てくる。本科目は、定期試験も課すというわけだから、起案自体は真剣に取り組んでいる限り採点自体を評価に入れず、解説を聞いて起案力が向上されたかを評価対象にするという形も考えられる。しかし、そうなる問題は、定期試験で2時間7科目をおこなうという形が望ましいのかである。すでに述べたように1科目あたり15分強となるような試験となるが、そもそも事例についての起案力は、上に述べたように一定の長さの問題が要求されると考えるべきであり、むしろ、それがいわゆる旧司法試験と新司法試験との出題形式違いともいえる。したがって、余りに短い試験時間で同様の事例を解かせるのは、知識の確認にはなっても起案力向上の確認を図れるかどうかは判然としない。他方、択一試験で問うのは、起案力養成と中級事案研究を位置づけるのであれば、到達目標との整合性が問題になる。15分で民法分野の起案力が養成されたかどうかを評価できるかどうかを判定できる問題はどのようなものかは、今後の課題である。さらに、現実性があるかどうかは不明であるが、学生ごとにとりわけ起案力の養成が求められる分野を1分野選択させ（あるいは教員が選んで）2時間で解かせるというやり方もありうるかもしれない。以上の点を踏まえると、中級事案研究については、A、B、C評価ではなく可か不可という評価をするというやり方も検討に値すると考える。

繰り返すように、起案力は、専門職としての法曹にとって生命線であって、法科大学院において、この一端、最初の第一歩を担うことは、法科大学院の重要な役割であると考えられる。中級事案研究のような起案力に特化した科目は、必ずしも一般的ではなく、上で述べたような幾つかの課題が考えられるものの、

こうした課題を念頭に置き、起案力に特化した科目ではなく法律基本科目の中で専ら起案力作成をおこなうという代替的方法との対比を踏まえながら、起案力養成を検討することはきわめて重要である。本稿をきっかけにさらに検討を深めたい。

資料1 中級事案研究に出題された民法問題

I 次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。なお各設問で問われている以外の法的論点や法律関係には言及してはならない。

民法の条文については、民法の一部を改正する法律（平成二九法四四）による、いわゆる改正民法の条文に基づくものとする。

1. Aは、Bに対し、A所有の甲地（甲）を、建物所有目的、1ヶ月の賃料20万円毎月月末払い、敷金20万円、期間30年の約定で貸し渡した。Bは、甲上に乙建物（乙）を建て、B名義の保存登記をおこなった。その後、ABの借地契約締結後19年が経過した頃、Bは、Cに対し、乙を、居住目的、1ヶ月の賃料30万円月末払い、敷金30万円、期間3年の約定で貸し渡した。

2. AB間の甲賃貸借契約締結後20年が経過した時点で、Bは、それまでは一度も賃料支払を遅れたことはなかったが、21年目になって、Bの財政状況が急激に悪化したことが原因で、賃料を支払うことが2ヶ月連続でできないという事態が発生した。Aは、Bに対し、賃料が不払いになってから直ぐに何度も口頭で催促をし、場合によっては借家人Cから直接Aに支払ってもらおう形もあると伝えていたが、Bは財政状況がそのうち回復するからという言い訳を述べ、メンツもあり店子のCからAに直接払って欲しくないと言うのみで、賃料不払いが続いた。

3. Aは、Bの言い訳を信じて待っていたが、8ヶ月分の賃料が不払いとなったことから、Aは、Bに対し、8ヶ月目の賃料不払いの翌日、内容証明郵便で、2週間以内に8ヶ月分の賃料160万円全額をAに対し弁済するように催告した上でもし2週間以内に全額が支払われないときにはAB間の甲の賃貸借契約を解除するという通知を送り、この内容証明郵便はBに到達した。

4. Bは、20年間賃料が遅れたことはなかったことや、12年ほど前に甲地下のA所有の水道管が破損した際にAが直ぐに修理をしてくれないためB自ら業者に修理を依頼して40万円を支払いその修理代の償還をAに求めたところAがその頃資金に余裕がないと述べたためその後もBは修理代を求めないままだったという事情もあり、加えてAから書面で催告・解除通知を受け取ったのも初めてだったことから、この解除通知もAが本気で出したものではないだろうと思って放置し、到達後2週間が経過した。

5. Aは、2週間以内に8ヶ月分の賃料全額の弁済がなかったことから、2週間経過から更に10日間経ってから、解除通知記載の通り、AB間の賃貸借が8ヶ月分の賃料不払いで解除されたことに基づき、Bに対し、乙建物収去・甲土地明渡を請求し、また、甲上の乙に居住するCに対し、乙建物から退去して甲土地を明け渡すことを、それぞれ内容証明郵便で請求し、この内容証明郵便はそれぞれBとCに到達した。

6. Cは、Bに対し乙の賃料を契約に従い支払っており、Aからの乙建物退去の求めを受け取って初めて、BがAに対する甲の賃料を8か月分不払いであること等の事情を知った。Cは、直ちに、Bに連絡をとろうとしたが、Bの資金繰りは急激に悪化して、Bは行方不明となっていた。そこで、CはAに連絡し、Aに対し、「自分に代払いの機会も与えず解除するというのは納得できない。それにBは20年間ずっときちんと払ってきたしAが困っているときにAが支払うべき修理代をBが負担したこともあると聞いているのに追い出すのは酷い。このようなAの解除は効力がない。」と主張した。

〔設問〕【事実】1から6を前提として、以下に答えなさい。

Aは、AB間の甲の賃貸借契約が解除されていることに基づき、Cに対し、乙から退去して甲土地明渡しを主張したいと考えている。Aの主張が認められるか否かにつき、Cからの反論をふまえた上で、結論とその根拠を説明しなさい。なお、不払いの賃料の遅延損害金については触れる必要はない。

注

- 1) 授業実践報告「法科大学院教育における起案力養成 (1) —法学未修者の起案力養成とeラーニングシステム」については中央ロー・ジャーナル 15 卷 3 号 (2018 年) を参照。既修者、未修者の定義についても、同授業実践報告注 2) を参照。
- 2) 同上 206 頁参照。
- 3) ドグマティック学の典型としてイメージされるのは、大陸法における概念法学であってケース・ローが中心のコモンロー諸国は、ドグマティックな処理とは関係が薄いという印象を持っている人もいるかもしれない。しかし、コモン

ロー諸国も同様にフォーマリズムの伝統があり、周知のように、リアリズム法学やプラグマティズムの批判の対象となってきた。たとえば、コモンロー諸国における約因の理論はドグマティックな法理論の典型であろう。

- 4) 参照「司法試験は、裁判官、検察官又は弁護士となろうとする者に必要な学識及びその応用能力を有するかどうかを判定することを目的とする国家試験とする。」(司法試験法1条)。なお、「法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律」1条以下においても、法科大学院、司法、司法修習生の修習との有機的連携の重要性が記載されている。