

平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（公法系科目第1問）

1 採点の基本方針等

本問の主題である政教分離原則は、憲法上の重要問題の一つである上、著名な判例も多く、近時にも重要な判例が示されたところであり、全ての受験生が相当程度の勉強をしていると考えられる分野である。本問においては、当該事案とこれまでの判例の動向を踏まえ、問題となる条文等の解釈を行って判断基準を導き出し、比較的長文の事案の中から具体的事実を抽出・分析して、その判断基準に適用し、論理的かつ説得的に妥当な解決を導き出すことを求めている。したがって、採点においては、基本判例に対する十分な理解を前提として、事案に即して、実務家として必要とされる法的思考及び法的論述ができているかに重点を置いた。

2 採点実感

各委員からの意見を踏まえ、問題のあった答案を中心として感想を述べる。

(1) 訴訟形式

- ・ 地方自治法は、司法試験用法文にも掲載されているが、住民訴訟の根拠条文について、地方自治法第242条の2第1項第4号と正確に記載できていない答案もあり、また、「法律上求められている手続は尽くした上で」との文意を理解できていない答案もあった。
- ・ 住民訴訟に加えて国家賠償請求訴訟を選択した答案もあり、確かに、これは津地鎮祭訴訟でも住民訴訟と併せて国家賠償請求訴訟が提起されていることから誤りではないが、本問での勝訴の見込みを考えれば、提起すべき訴訟形式としては、住民訴訟がメインとなる。

(2) 法解釈

- ・ 本問の事案においては、地方自治体による助成が題材となっていることから、政教分離原則に関する条文のうち、まず憲法第89条前段が問題となる。その上で憲法第20条第1項後段と第20条第3項との関連をも考慮して本問を検討することになる。しかしながら、この点、憲法第20条第1項・第3項、第89条を単に羅列している答案など、憲法の各条文の意義がきちんと理解されておらず、それゆえに事案に即した条文解釈ができていない答案が目立った。さらには、憲法第89条後段の問題と捉えて「公の支配」について検討したり、原告の信教の自由を侵害するか否かの検討に終始するといった的外れな答案もあった。
- ・ 本問では、A寺が憲法第89条前段の「宗教上の組織若しくは団体」に該当するか否かから論ずるべきであるが、この点に言及している答案が非常に少なかった。また、この点に言及した答案においても、地方自治体との関わりあいの内容いかんによって、A寺が「宗教上の組織若しくは団体」に該当するか否かの結論が異なるなど、論理的に無理のある答案もあった。
- ・ 政教分離について、なぜ厳格に分離すべきなのか、あるいは、なぜ厳格な分離が現実的ではないのかといったことについての理由付けなど、政教分離の構造や解釈などに全く言及しないまま、審査基準を展開するなど、政教分離の基本を理解しているのかさえ疑問を持たざるを得ない答案が少なかった。
- ・ 津地鎮祭訴訟で提示された目的効果基準を簡単に、あるいはあやふやに提示し

たのみで、すぐに事例の検討に進んでいくなど、目的効果基準とは何か、なぜそれを用いるかについて説得的に論じていない答案が少なかった。

- ・ 政教分離原則をめぐる判例の諸事例と本問事例との異同等を意識して判断基準等を論じている答案もあったが、その数は思いのほか少なく、結果として、判断基準に関する論述に説得力がある答案が少なかった。
- ・ 他方で、判断基準に関する争いのみに終始して事足りるとし、与えられた事例に即した個別的・具体的検討ができていない答案も目立った。実務家としては、理論面もさることながら、実際に目の前にある事案の紛争解決も大きな役割であり、その能力をも試されていることに留意する必要がある。

(3) 具体的事実の抽出・分析

- ・ 事例分析の傾向が浸透しているのか、多くの答案には事実に着目して答えようとする姿勢は見受けられた。しかし、例えば、宗教的意義を認める事情と認められない事情を、それぞれ対比しながら検討するという答案は少なく、事実をただ列挙し、自分の選んだ1つ2つの事実に基づいて結論を導いて論述を終えてしまうなど、事実の評価が甘く、自分なりの結論に強引に結び付けている答案が少なかった。
- ・ 昨年に比べ、答案の分量が少なかったように思われる。もとより分量の多寡それ自体で評価が決まる訳ではないが、本問のように具体的な事案分析が問われるものについては、判断枠組みの構築ばかりでなく、与えられた具体的事実を踏まえた丁寧な論証が重要であり、一定量以上の記述がなければ、内容が充実した答案を書くのは難しいであろう。分量が少ない答案については、事実の摘示がおざなりであったり、事実の一部分をつまみ食い的に取り上げるだけの答案が多かったように思われる。また、取り上げている事実の意味付けや論旨の展開が読み取りにくい答案なども散見された。論理構成と抽出した事実を自分なりにしっかり検討した上で、答案をまとめることが必要とされる。
- ・ 本問ではA寺への助成の内訳が示されてあったので、おおむね助成の対象ごとに合憲性を論じていた。ただし、それぞれの論じ方において、具体的に掘り下げて分析している答案は少数であった。事実と論理との相互依存性に一層の注意を払ってほしい。
- ・ 本問における村長の議会での発言は、あくまで村長の意見であるのに、これを批判的に検討することなく、他の具体的事実とともに判断の材料としてそのまま引用している答案もあった。
- ・ 「公共性」を強調することだけで合憲の論証をしようとした答案が多かった（村長の発言のみに依拠しすぎである。）。「公共性の有無・強弱」のみに目を奪われ、「宗教性の有無・強弱」がいつの間にか置き去りにされ、「宗教性」の反対語が「公共性」であるかのように問題がすり替わってしまった答案が散見された。
- ・ A寺が「公共的性格」を有しているか否かについて、墓地、埋葬等に関する法律をめぐるDとA寺とのやり取りを用いて論じている問題感覚の鋭い答案があった。このような答案は極めて少数ではあったが、嬉しいことであった。

(4) 論理性・結論の妥当性

- ・ 本問の原告代理人は、架空の弁護士ではなく、「あなた」、つまり受験者自身であり、訴訟代理人として、現実には裁判で採り得る最も有利な判断枠組みを選択し、

その枠組みの中で、具体的事実を原告側に最も有利に評価・適用した主張を行うべきである。にもかかわらず、原告主張でおおよそ実務的に採り得ない極論的な判断枠組みを記載した上で、「被告側の反論」ないし「あなた自身の見解」でそれに反論を加える(判断枠組み自体を無理に対立させている)パターンの答案が相当数あった。求められているのは観念的な机上の議論ではなく、実務的に通用し得る議論である。

- ・ 実務家として、具体的な事例に憲法（憲法理論）がどのように活かされるべきかという観点から検討する姿勢が必要とされるところ、そのような姿勢が欠けている答案もあった。例えば、被告の主張として、「寺は宗教上の組織若しくは団体ではない」、「本堂や庫裏の再建自体は建設工事であり宗教性を帯びない」、あるいは「支出された助成は公金ではない」などと、無理のある事実認定のレベルで反論し、かつ、それだけの議論にとどまる答案等である。

(5) 答案の書き方等

- ・ 地方自治法第242条の2第1項第4号の「第1項」が記載されていないものや、憲法第20条と記載して、同条第1項なのか第3項なのか不明なものなど、条文操作ができていない答案も散見された。
- ・ 答案を書く上で、適度に項を分け、それぞれに適切な見出しを付けることは望ましいと言えるが、内容的に区分する意味がないにもかかわらず、過度に細かく項目を分けている答案がかなり見られる。
- ・ 例年のことであるが、字の細かさに線の細さや薄さが加わり、字が読みにくい答案が少なくなく、また、訴訟代理人を「弁護人」等と誤って記載するなど誤字・脱字が目立つ答案もあった。「時間との闘い」という部分で字が乱雑になってしまったり、誤字・脱字があり得ることは理解するが、やはり丁寧な字で正しい文字を書くことは基本的なマナーである。受験者は、答案は読まれるために書くもの、という意識をもってほしい。
- ・ 「受験生へメッセージを送る」というコンセプトで公表している採点実感を受験生が読んでくれていると思える「改善」が見られることを喜びたい。例えば、行頭を（あるいは行末までも）非常識に空けて書く答案に対して、1行をきちんと使って書くことを求めてきたところ、今年は、そのような答案が少なくなってきた。また、自動的に答えが出るかのような「当てはめ」という言葉を使わず、「事案に即した個別的・具体的検討」をきちんと行うことを求めてきたところ、この点にも改善の傾向が見られた。

3 答案の水準

以上の採点実感を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」という四つの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、本問が「宗教上の組織若しくは団体」に対する公金支出（憲法第89条前段）の問題であり、公金支出の禁止を厳格に解するか否かについて、政教分離原則を規定する憲法の各条文の関係及び解釈、更に関連する重要判例を踏まえつつ検討し、そして具体的事実を的確に抽出・分析して、助成の対象それぞれについて一定の筋道の通った結論を導き出している答案である。「良好」な水準に達している答案とは、重要な問題に関して論じられていないものが若干あるが、そ

れ以外の点では判断枠組みと事案に即した個別的・具体的検討がそれなりに行われている答案である。「一応の水準」に達している答案とは、最低限押さえるべき憲法第89条前段論、そして事案に即した個別的・具体的検討が少なくとも実質的には論じられていて、議論の筋道がある程度通っている答案である。「不良」と認められる答案とは、憲法上の問題点を取り違えている上に、事実の摘示がおざなりであったり、事実の一部分をつまみ食いの的に取り上げるだけの答案である。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

法科大学院における教育の成果を感じられる答案もあったが、全ての法科大学院における憲法の授業で扱われているはずの問題であったにもかかわらず、良いレベルにある答案が多くはなかったことを直視すると、各法科大学院における憲法の教育自体を今一度点検し、見直していく必要があるように思われる。

法科大学院は、実務家養成機関である。自分の立場に引き付けた判例の「読み」ではなく、まずは判例の動向を踏まえ判例に即した「読み」を修得し、その上で、判例に関する「地に足を付けた」問題点を考えさせるといった判例を中心とした学習の一層の深化によって、学生の理解力と論理的思考力の養成が適切に行われることを期待したい。

平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（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、問題文の指示に従って事実関係や条文構造等を正確に分析・検討し、問いに対して的確に答えることができているか、基本的な判例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、分かりやすく整理・構成して端的に答案に示すことができているか、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

土地区画整理事業の事業計画の決定に処分性を認めた最高裁判所平成20年9月10日大法廷判決、民集62巻8号2029頁（以下「大法廷判決」という。）を前提にして、都市計画施設を定める都市計画決定（以下「都市計画決定」という。）の法的効果を的確に把握し、これを基礎にどれだけ説得的に処分性について論じているかに応じて、優秀度ないし良好度を判定した。

都市計画決定における建築制限の効果と収用の前提となる効果とを把握した上で、いずれかの効果について処分性を認める根拠になるか否かを検討していれば、一応の水準の答案、両者の効果について都市計画事業認可の効果との共通性と差異に着目した上で処分性を認める根拠になるか否かを検討していれば、良好な答案と判定した。さらに、都市計画決定と収用手続との関係と、都市計画事業認可と収用手続との関係を、関係規定を丁寧に参照しつつ正確に比較して都市計画決定の処分性について論じているか、又は、都市計画決定及び都市計画事業認可の取消訴訟以外に想定される訴訟を具体的に挙げつつ、権利保護の実効性の観点から都市計画決定に処分性を認めることが適切か否かを説得的に論じていれば、優秀な答案と判定した。

(2) 設問2

行政裁量の有無・範囲・統制手法に関する理論、都市計画法の関係規定、本件の具体的な事情の三者を、どれだけの的確に結び付けて論じているかに応じて、優秀度ないし良好度を判定した。

都市計画決定の変更・不変更に関して行政裁量が認められることを都市計画法の具体的な条文に配意しつつ指摘した上で、本件の具体的な諸事情を、不変更を適法とする根拠、違法とする根拠に分類して挙げていれば、一応の水準の答案と判定した。そして、①旧市街地の発展や道路の整備は都市計画法の趣旨や関係規定に照らして考慮すべき事情か、②道路を整備すれば旧市街地の経済が活性化して交通需要が大幅に増加するという調査結果ないし事実認定に合理性があるか、③道路密度に関する運用基準を定めること及び運用基準に本件を機械的に当てはめることは認められるか、④都市計画が様々な制約条件のため実現までに長期間を要することと、都市計画は状況に合わせた変化を要することを、本件の諸事情の下でどのように考

えるかといった諸点のうち、一部が的確に論じられていれば、良好な答案、相当部分が的確に論じられていれば、優秀な答案と判定した。

(3) 設問3

損失補償の根拠規定及びその要否の判断基準を理解していれば、一応の水準の答案、損失補償の要否を本件の具体的な事情に即して的確に検討していれば、良好な答案と判定した。さらに、権利制限の期間が考慮要素になるか否か、収用時の損失補償との関係をどう考えるかなど、本件で理論的に問題となる点も意識して論述していれば、優秀な答案と判定した。

4 採点実感

以下は、審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

- ・ 字が乱雑で判読困難な答案が相変わらず多かった。雑に書き殴った字、極端に小さい字、極端な癖字など、読まれることを全く意識していないかのような答案が相当数あった。例年繰り返し指摘しているところであり、受験者には読み手を意識した答案作成を心掛けるよう、強く改善を求めたい。
- ・ 誤字・当て字が多く、中には概念の理解に関わると考えられるものも少なくなかった（例えば、換置処分、土地収容、損失保障など）。このような誤字の多用は、書面作成の基本的能力についても疑問を抱かせることになる。
- ・ 結論を示さない答案が少なからず見られた。問題文をよく読めば、最低限、両論併記で済ませてはならないことが理解されるはずである。
- ・ 時間不足になったと思われる答案や、論理が何度も逆転した上に、唐突に結論が述べられているような非常に読みにくい答案が散見された。時間配分や答案構成の在り方に問題があったのではないと思われる。
- ・ 問題文を正確に読まなかったのか、前提を誤解したり、設問の指示に従っていない答案が散見された。また、問題文から離れた一般論・抽象論の展開に終始している答案も少なからず見られた。まずもって、設問を正しく理解した上で答案を作成することが求められる。
- ・ 設例や会議録から事実や発言を抜き出してつなぎ合わせただけの、検討の実質が伴わない答案や、具体的な検討要素となるべき事実を単に羅列しただけの答案がかなり多く見られた。
- ・ 個別法令の条文を読む訓練が充分にできていないためか、都市計画決定と都市計画事業認可のそれぞれの関連条文について、初歩的な文理解釈上のミスが目についた。
- ・ 各設問における結論に一貫性のない答案が見られた（設問1では建築制限が一般的かつ軽度の制限であるとしながら、設問3では補償を認めるべき強度の制限だと論じるなど）。
- ・ 著名な最高裁判例を素材にした素直な問題であり、受験者にとっては、日頃の力を発揮しやすい出題であったといえるが、全体としては予想よりも出来が良くなかった。
- ・ 「仕組み解釈」と称して参照法令の規定を列挙しているが、結論にどのようにつながるのかが不明な答案が見られた。判例の学習において、判例が挙げる個別

の規定がどのような論理的連関にあり、結論にどのようにつながるのかを読み解く訓練が求められる。

(2) 設問 1

- ・ 大法廷判決の要旨は記述しているにもかかわらず、それが本件の処分性の考察にほとんど活かされておらず、大法廷判決を暗記しているだけで実質的に理解していないのではないかと疑われる答案が相当数あった。
- ・ 大法廷判決が土地区画整理事業の事業計画の決定に処分性を認めた理由として、建築制限の効果のみを挙げる答案が予想外に多かった。少なくとも法廷意見においてそれが主要な理由とされていないことは、基本的な学習事項の範囲内である。
- ・ 都市計画決定における建築制限の効果と収用の前提となる効果を正確に理解しておらず、例えば、都市計画決定の建築制限の効果は都市計画事業認可の取消訴訟において争えば足りるとするような答案が相当数あった。

(3) 設問 2

- ・ 本件の具体的な諸事情を、考慮すべきか、考慮すべきでないか、重視すべきか、重視すべきでないかという観点から平板に列挙するにとどまり、判断過程統制の定式を形式的に覚えているだけではないかと疑われる答案が多かった。
- ・ 適法とする法律論と違法とする法律論を単に併記しただけで、自身の見解を説得的に論述していない答案が非常に多く、問題文をよく読んでいないという印象を受けた。
- ・ 各種の考慮要素について、適法又は違法とする立場のいずれか一方についての論拠と割り振ってしまい、その結果、各要素の持つ両面性について積極的に分析・検討していない答案が多く見られた。例えば、地元事業者の要望といった要素は適法性を基礎付ける事項として利用可能であるが、他方で、特別な優遇は存在しなかったのかといった形で違法性を基礎付ける事項ともなり得るものである。総じて、自説に不利な事情への検討がおろそかになっている答案が多いという印象を受けた。

(4) 設問 3

- ・ 土地利用制限に係る本件事例では、損失補償の要否の判断基準として、権利侵害の一般性・個別性はほとんど問題にならないにもかかわらず、この点のみに紙幅を割いている的外れな答案が相当数見られた。
- ・ 本件支払請求が地価の低落分に相当する額の支払請求であることを踏まえずに、望んでいる建て替えができないことによる損失につき専ら論じている答案が多かった。
- ・ 建築制限が「公共の利益に資するものである」ため損失補償が不要とする答案が散見された。なぜ損失補償が憲法上の問題となるのか、その基本にまで考えが及んでいないのではないか。
- ・ 時間不足のためか、全体として検討不足の答案が目につき、損失補償に関する一般的な知識を述べただけの答案が多く見られた。建築制限の期間や制限の効果（侵害の強度）、商業地区における建築制限であったことなど、本件の具体的な事情を踏まえた十分な検討をしている答案はほとんどなかった。
- ・ 少数ながら、最高裁判所昭和48年10月18日第一小法廷判決（民集27巻9号1210頁）の存在も意識しつつ掘り下げて論ずる水準の高い答案もあった。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

単に条文の要件・効果といった要素の抽出やその記憶だけに終始することなく、様々な視点からこれらの要素を分析し、類型化するなどの訓練を通じて、与えられた命題に対し、適切な見解を引き出すことができる能力を習得させるという視点に立った教育を求めたい。また、判例の射程の検討が法律実務家として必要なスキルであることを法科大学院における学習でも常に意識すべきである。

ほぼ全ての答案において、基本的事項については知識として定着していることがうかがわれ、法科大学院教育の成果を認めることができた。しかしながら、各問において単に条文を羅列するだけであったり、逆に、条文を離れて抽象論を展開する答案が数多く見られた。実務家に求められるのは、法律解釈による規範の定立と、丁寧な事実の拾い出しによる当てはめであり、こうした地に足のついた議論が展開できる法曹を育てることを求めたい。

平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（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24年司法試験論文式試験問題出題趣旨【民事系科目】〔第1問〕」）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とともに、その応用を的確にすることができるかどうかを問うこととし、具体的な事実を踏まえ、実体的な法律関係を理解して論述する能力、当事者間に成立した契約の内容を理解して妥当と認められる法律的帰結を導く能力、及び、具体的な事実を法的な観点から分析して評価する能力などを試そうとするものである。その際、単に知識を確認するにとどまらず、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び、具体的事実を注意深く分析した上で法的観点から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、検討が必要な項目ごとに適切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。

さらに、複数の論点について表面的に言及する答案よりも、考察の重要箇所において周到確実な論述をし、又は、創意工夫に富む答案が、法的思考能力の優れていることを示していると考えられることがある。そのため、項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さや周到さの程度や構成の明快さの程度に応じて点数を与えることとした。これらにより、ある設問について考察力や法的思考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ものの一部の検討がなく、そのことにより知識や理解の不足を露呈していたとしても、高い評価を与えることができるようにした。また反対に、論理的に矛盾する構成をするなど積極的な過誤が著しい答案については、低く評価することとした。

3 採点実感

各設問について、この後の(1)から(3)までにおいて、それぞれ全般的な採点実感を紹介し、また、それを踏まえ、司法試験考査委員会議申合せ事項にいう「優秀」、「良好」、「一応の水準」及び「不良」の4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について示すこととする。ただし、これらは各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。

また、設問ごとに、というよりも答案の全体的傾向から感じられたことも、その後で紹介しておきたい。

なお、以下で用いる「的確な解答」、「適切に答える」、「適切に検討する」や「的確な検討」の表現の意味するところについては、既に公表した出題の趣旨を参照することを求める。

(1) 設問1について

ア 設問1の全般的な採点実感

設問1は、具体的な事実を踏まえ、実体的な法律関係を理解して論述する能力

を問おうとするものである。そこでは、民法の基本的な概念を適切に用い、法律関係を理解する上で欠かすことができない適用規範を提示する民法の規定を指摘し、また、訴訟における攻撃防御の構造を意識しつつ具体的な事実が持つ意義を的確に理解して論述をすることなどが求められる。

実際に作成された答案も、遺産分割や遺産共有という基本概念を適切に用いたものが見られ、また、民法第898条のような基本的な規定を掲記して論述をするものが見られた。半面において、これらの概念や規定に論及しない答案も少なくない。加えて、小問(1)において、民法第94条第2項の類推解釈に論及し、それに相当な分量を割く答案などが見られ、さらには、その類推解釈が肯定されるべき事例であると説くものなどまであり、受験者の解答の水準には、相当の上下の乖離が見られる。民法上の権利変動は、その原因となる法律行為や事実が認められるときに初めて肯定されるべきものであって、権利外観法理により保護を考えなければならない局面は、あくまでも例外であるということが、改めて認識されることがあってよいと痛感する。

訴訟上の攻撃防御の理解を踏まえた具体的事実の意義付けを問う小問(2)においては、自己の物の時効取得が成立可能であるかどうかという見地から題意の事実の意義が考察対象となるということ、及び、自主占有が法律上推定されることを踏まえて、自主占有であることを否認する観点から題意の事実が意義を持つことを適切に論ずる答案も見られた。半面において、これらのいずれかのみを論じ、又は、これらのいずれもが指摘されていないものがあり、とりわけ自己の物の時効取得の適否という観点を問題としていない答案は、少なくなかった。

訴訟における攻撃防御を考察する際には、実体法と関連付けて検討することが、極めて重要である。そもそも実体法上問題とならない事実、実体法上問題となる事実ではあるが主張立証責任の観点から主張立証を求められない事実ないし否認の理由付けになるにとどまると認められる事実、そして、実体法上問題となるのみならず主張立証が正に求められる事実の区別は、実体法の正確な理解を基盤として初めて成り立つものである。自己の物の時効取得について言うならば、その適否が判例上問題とされたということ自体が、それについて実体法的な観点から考察をしておくべき必要があることを示している。日頃の学習においても、請求原因事実や抗弁事実となるものの組合せの暗記のようなことに走るのではなく、それら事実を実体法と関連させながら理解する態度が強く望まれる。

イ 答案の例

優秀に該当する答案は、小問(1)については、A B間の売買契約に基づいて甲土地の所有権が買主Aに移転したことを理由とするFの主張がいかなる法的根拠に基づくものであるかを的確に述べ、かつ、遺産共有状態にあることと遺産分割が未了であることをその根拠規定に言及しながら正確に指摘し、遺産分割未了の状態における甲土地の所有権の帰属について結論を示すものである。また、小問(2)については、民法の実体法理として、自己の物の時効取得の可否をその根拠に言及しつつ明らかにした上で、他主占有・自主占有の判断基準としての占有取得権原の実体法上の意味及び主張立証責任における意味を細密に検討するものである。

良好に該当する答案は、優秀に該当する答案において要求される事項のうち主

要なものにつき検討不足の点が残るものの、小問（１）では、Fの主張の法的意味及び遺産共有・遺産分割協議への言及があり、また、小問（２）では、「他人の物」要件への言及があるとともに、他主占有・自主占有の判断基準についての指摘と主張立証責任の分配に関する適切な言及があるものである。

一応の水準に該当する答案の例は、上記事項のうちのいずれかを欠くもの、例えば、遺産共有の問題と物権法上の共有の問題との相違に思いを馳せることなく、漠然と両者を同一視したり、遺産分割未了の意味を問うことなく分析を進めたり、自己の物の時効取得の問題に思いが至らなかったり、他主占有・自主占有の判断基準について曖昧なままに卒然と主張立証責任へと論旨を展開したりするものである。

不良に該当する答案の例は、およそ民法の実体法理の意味についての検討を欠いたまま、漫然と要件事実を羅列することから始め、そこへの当てはめに堕しているもの、そもそも遺産共有そして遺産分割未了の問題に気付いていないもの、物権法上の共有における登記の問題や民法第177条の適用問題への言及に傾注しているもの、本問では主要な検討対象となり得ない民法第94条第2項の類推解釈の可否に関する検討に専念しているものなどである。

(2) 設問2について

ア 設問2の全般的な採点実感

設問2は、当事者間に成立した契約の内容を理解して妥当と認められる法律的帰結を導く能力などを問おうとするものである。そのことから、契約書を正しく読み取った上で、契約条項をそのままの形で適用するのでは解決が困難である問題について、契約解釈などを通じ、十分な理由付けと論理一貫性の下に適切な解決を導くことができるかどうか、評価の対象となる。

実際にも、このような観点を明確に意識し、契約書の第4条や第6条に論及しつつ、本問事例の法律関係の理解と問題解決を考察する答案が見られた。半面において、契約書への論及が不十分であったり、契約書とは無関係に論述を進め、民法の寄託や共有の規定などを問題とする考察に終始したりするものも少なくなかった。任意規定に反しない特約が有効とされ、そして、補充的契約解釈の手法などの契約解釈を用いて当事者の合理的意思を探求する手順を経ることにより妥当な解決が見いだされるべきであるという原理を知らない受験者はいないと目されるけれども、それらの思考作業を実際に試みることの重要性は、実務法曹を志すからには、改めて認識してほしい。民事の法律実務においては、契約書の内容が文言のみを見ると矛盾が生ずるように感じられる局面は珍しくなく、そうであるからこそ、そこで法律家の役割が求められるものである、ということに思いを致すことが望まれる。

なお、設問2は、このように主に契約解釈の必要性があることの理解とその実質的検討を求めるものであるが、本問事例の状況を解決するに当たっては、財貨の帰属の態様に関する深められた考察が問題となる契機も見られる。1000個といういわば集合の全体を共有するという理解に暗黙に立ち、その半分である500個の引渡しを求めることができると論ずるものがほとんどであるが、そのような考え方が当然に成り立つと見ることはできず、一つ一つの個々の物ごとに共有が成立する、という見方との対比検討という周到な考察を示す答案も、極

めて少数ではあるが見られたところである。

また、民事の法律問題を考える際には、訴訟物が何になるかを意識することが、重要である。設問2の引渡請求も、寄託契約に基づく請求権と所有権に基づく請求権の両者を問題とすることが可能であり、この点に適切に論及する答案も見られたが、半面において請求権の根拠に全く論及しないか、又は、それを意識していないと見られる答案もあった。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、本問寄託契約書が、一方では、現存寄託物の共有を定め、他方では、各寄託者に寄託した数量の返還請求権を認めていることを指摘し、その合理的な調整を図るべく、契約の解釈等を行い、債権的返還請求権又は物権的返還請求権としての構成を適切に行った上で、妥当な結論に到達しているものである。

良好に該当する答案の例は、本件寄託契約書の条項を直接に適用するのみでは妥当な結論に達し得ないことを適切に指摘するものの、その調整の論理あるいは請求権の性質や根拠が不明確であるものである。

一応の水準に該当する答案の例は、本問寄託物が共有に属することを適切に指摘するものの、その調整について慎重な検討を行わず、安易に結論を示そうとするものである。

不良に該当する答案の例は、本件寄託契約書の条項について検討を行わず、したがって、条項間の解釈的な調整をすることもなく、安易に結論を示そうとするものである。

(3) 設問3について

ア 設問3の全般的な採点実感

設問3は、寄託契約の債務不履行を肯定する前提となる注意義務の水準や内容を踏まえ、それらを論じた上で、特定の内容の損害賠償請求について、その可否の検討を求めるものであり、損害賠償の可否の検討においては、題意が示す具体的な事実を総合的に分析して考察する能力が問われる。

実際に作成された答案も、無償寄託における注意義務が自己の財産についてと同一の注意義務であることを根拠法条とともに指摘し、本問の受寄者には、それに対する違反があったとするものが多かった。ただし、中には、根拠法条を掲げないで自己の財産についてと同一の注意義務であるという結論のみを示すものや、「和風だし」と「山菜おこわ」の寄託契約が別個に締結されていることに気付いていないものなどが見られた。また、先に行われた「和風だし」の契約に係る注意義務に着目し、それとの関連を丁寧に説明して善良な管理者の注意義務とするのであるならばともかく、そのような考察を経ないで善良な管理者の注意義務であるとする結論を漫然と述べるものが見られたことも、残念である。

損害賠償の可否については、多くの答案が民法第416条の特に第2項の問題であるという規範適用を前提として論じていたし、それは、本問について、十分にあり得るアプローチである。全般的にも、余り多くはないが、民事の法律紛争の一つの重要な題材である損害賠償については、しっかり論述しようとする態度が答案の全体からうかがわれるものがあったことは、好ましい。

しかし、半面において、まず、その規範適用において、特別損害を誰がいつ予

見すべきか、という点を細密に論じないで単に受寄者が予見することができたかどうかの検討に終始するものが見られた。また、受寄者が事情の一端を聞いていたという一点のみから、予見可能な特別損害であると単線的に結論を導くものも少なくない。法律実務家には、事案の全体を見渡して考察するという態度が常に求められるものであり、本問においても、題意の事実関係において提示されている複数の事実を総合的に考察の俎上に載せるという思考が望まれる。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、既に公表した出題の趣旨に即した仕方では、「山菜おこわ」の受寄者Hが負う注意義務の基準を明らかにし、保管義務違反があったことを事実として指摘し、Fによる損害賠償請求を認めるために必要な考察の視点を提示した上で、提示された視点に【事実】を当てはめて、「損害の賠償を請求することができるか」という問いに答える形で結論を示すものである。その論述に当たっては、とりわけ、関連する法条を正しく掲記すること、解答において提示する考察の視点につき、その視点に着目して検討すべき理由を的確に説明すること、結論を導くに当たって【事実】に現れた諸事情を読み取り、要件の充足につき慎重な考察を経た上で結論を示すこと、という全てについて適切に答えているものである。

良好に該当する答案の例は、「山菜おこわ」の受寄者Hが負う注意義務の基準を明らかにし、保管義務違反があったことを事実として指摘した上で、Fによる損害賠償請求を認めるために必要な考察の視点を提示するものの、結論を導くに当たっての考察において、【事実】に現れた諸事情の読み取り及び考察が十分でないものである。

一応の水準に該当する答案の例は、「山菜おこわ」の受寄者Hが負う注意義務の基準を明らかにし、保管義務違反があったことを事実として指摘するものの、Fによる損害賠償請求を認めるために必要な考察の視点を提示するに当たって、その視点に着目して検討すべき理由を的確に説明せず、かつ、結論を導くに当たっての考察も不十分なものである。

不良に該当する答案の例は、上に掲げた諸点のいずれにおいても適切な解答となっていないものである。

(4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

特定の設問ということだけでなく、答案の全体から感じられたことについても、幾つかの指摘をしておきたい。

答案の中に、少数ではあるが、受験者の極めて優れた分析能力や考察能力をうかがわせるものが見られる。旧司法試験の制度の下で見られたように、法学教育は学部までで終了し、その後の司法試験受験のためには、受験者の関心が受験準備のマニュアル的な訓練ばかりに向かいがちであった仕組みの下では、このような答案は現れなかったものと思われる。

半面において、細かく観察すると、法律家として将来において実務に就くという目的意識とは距離のある文章作成の感覚も、遺憾ながら見られる。接続表現が、譲歩でなく単に逆接である場面で見られる「そうであっても」、「そうとしても」という言葉や、仮定でなく単に順接である場面で用いられる「とすると」、「そうであれば」という表現の頻用は、不自然である。法律家として将来において作成すること

になる裁判書や準備書面は、「しかし」、「したがって」、「そこで」などの一般の人々も理解しやすい平易な表現で書かれることが望まれるし、答案も、そうであってほしい。

法律家が書く文章ということでは、さらに裁判書や準備書面は、当然と言えば当然のことであるが、他人に読んでもらうものである、という前提がある。自分が手控えとして残しておくメモとは異なるものであり、答案も、それらと同じであるべきであるから、その観点からの注意も要る。「債ム」などという略記や略字、時的因子を示す際に「平成」を示す記号であると見られる「H」という略記などは、いずれも自分のみが読むメモであるならばあり得ることであるが、答案などにおいては好ましくない。なお、字が小さ過ぎて、かつ潰れたように記されているため判読が困難であるものも、まれに見られる。

答案の分量やそれと密接に関連すると見られる答案作成の時間配分の問題については、設問3が考察不足に終わった答案の中に、設問1で不必要なことを書いたために時間を費やしたとか、どうしても設問1及び同2を書き過ぎてしまうとかといった原因を抱えていると推測されるものが見られる。受験者は、各設問に対応する解答の分量を考えると、示されている配点の割合を参考にすると良い。

5 法科大学院における学習において望まれる事項

民法は、取り扱う内容題材が多岐にわたるが、それだけに法科大学院における学習において望まれることは、基礎的な概念の理解や基本的な思考方法を確実に習得した上で応用的な問題に取り組む、という順序に従って学習を進める、ということである。

具体的には、与えられた事実関係について、その法律関係を理解するために必要な規範を提示している民法などの規定を的確に見いだし、その上で、それを適切に適用して、与えられた法律関係から導かれる法的な解決を見いだす、ということが、極めて重要である。一言で言うならば、通常の規範適用を着実にすることができ、そこで論理操作の過程を適切に文章に表現することができる、ということが求められる。

ときに、そうではなく、殊更法文にない事項や、法文の解釈において特殊な思考操作を要する問題にのみ偏った関心を向け、そこで解釈意見が対立する様相について暗記をするというようなことに精力を傾ける学習態度も見られるけれども、それは、推奨することができない学習方法である。

応用的な問題に取り組むことも、もちろん必要であるが、それは、基本に従って通常の規範操作をする能力を前提としてのことである。

本年試験においても、題意が与える事実関係を精密に分析して、それについて民法が用意する規範を適切に運用してみせた答案がある半面において、題意にない事実を付加したり、題意から想定し難い仕方事実関係を理解したりして、殊更特殊な問題を論ずることに時間を割く答案も見られた。後者の思考態度は、法律実務に就く者の仕事の姿勢として、あり得ないものである。

今後とも受験者においては、法律実務を的確に扱うことができる能力を練成するという姿勢を堅持してほしいし、法科大学院における教育も、基礎的な理解と思考に基づく法的推論をする能力を育むものであることが望まれる。

平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（民事系科目第2問）

1 出題の趣旨

既に公表されている「平成24年司法試験論文式試験問題出題趣旨」（以下「出題趣旨」という。）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、商法からの出題である。これは、事実関係を読んで、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、基本的な知識と、事例解析能力、論理的思考力、法解釈・適用能力を試すものである。
- (2) 設問1（22年総会における取締役4名（B、C、D及びP）の選任の当否）では、出題趣旨のとおり、B、C、D、P、Q及びRの6名の取締役候補者について会社法第341条の選任のための決議要件が満たされているので、このような場合に、①取締役として何名が選任され得るか（4名か、5名か、あるいは決議の瑕疵を生じさせるにとどまり6名全員かなど）ということと、②選任され得る取締役の数を超えて同条の決議要件を満たす候補者がいる場合の決定方法（採決順か得票順かなど）が問題となる。どのような結論を採っても、その理由が論理的整合性をもって適切に述べられていれば、同等に評価したが、Q及びRについて集計をしなかったことが採決方法に関する議長の議事運営の問題であるとしてだけ論じた答案や、株主総会決議の瑕疵の問題としてだけ論じた答案が多く見られ、選任の当否という問題を正しく受け止めて論じた答案は非常に少なかった。また、選任の当否という問題を論じた答案においても、上記①②の問題について、問題文を丁寧に読めば、会社提案に係る4名の取締役候補者数や定款所定の取締役の員数を超えて、決議要件を満たす候補者がいることに気付くものと思われるが、定款所定の員数にさえ触れない答案や、特段の理由を示さないまま、4名の取締役が得票順で選任されるべきであったなどと結論のみを示す答案も多く、複数の考え方を意識しながら自らの考え方を論ずるという出題趣旨に沿う答案は僅かであった。
- (3) 設問2（本件貸付けに関する株主A及び監査役Fの対応）では、まず、小問(1)の事前の対応に関しては、株主の差止請求と監査役の差止請求の要件の違い（会社法第360条第1項及び第3項と同法第385条第1項）については多くの答案が正しく指摘していたが、両者に共通する要件である「会社の目的の範囲外の行為その他法令若しくは定款に違反する行為」の存否については、適切に論じた答案もそれなりにあったものの、法令違反を論じないで、また、説得的な理由もないままに本件貸付けは会社の目的の範囲外であるなどと論じた答案も少なからず見られた。なお、仮処分（同法第385条第2項参照）に言及した答案は少なかった。

小問(2)の事後の責任追及に関しては、取締役の会社に対する責任について、本件貸付けが利益相反取引（同法第365条第1項、第356条第1項第2号）に該当すること、H、D及びPにつき、それぞれ同法第423条第3項各号により任務懈怠が推定されること（Pについては、更に同法第428条第1項参照）は、多くの答案が正しく指摘し、適切に論じていた。取締役の会社に対する責任に関し、株主Aによる甲社に対する提訴請求及び株主代表訴訟（同法第847条）については多くの答案が言及していたが、監査役Fの提訴権限（同法第386条第1項）につ

いて正しく言及した答案は少なかった。

なお、小問(1)及び(2)に共通して、監査役Fの権限を論ずるに際しては、甲社の監査役会において、Eが「本件貸付けについては問題視しないことを監査役会の方針とする」旨を提案し、Gがこれに賛成していることから、監査役の独任性との関係（同法第390条第2項ただし書）に触れることが求められるが、この点に言及した答案は極めて少なかった。また、監査役の調査権限（同法第381条第2項）に言及した答案はほとんど見られなかった。

- (4) 設問3（23年総会決議についての決議取消しの訴えの当否）では、まず、否決を宣言された議案①について、同議案に係る「否決の決議」がそもそも決議取消しの訴えの対象となるか否かが問題となることを指摘した答案はごく僅かであった。なお、この問題については、どのような結論を採っても、理由が適切に述べられていれば、同等に評価した。次に、可決を宣言された議案②（議案①が決議取消しの訴えの対象となるとの結論を採った場合には、議案①も同様）については、Fについて、決議取消しにより監査役としての権利義務を有することとなる者（会社法第346条第1項）にも明文で原告適格が認められていること（同法第831条第1項後段）を正しく指摘した答案はごく僅かであった。また、監査役の選任に関する意見陳述の権利（同法第345条第4項、第1項）が奪われていることについて、そのような権利があることを会社法の同規定に言及して指摘できている答案は多くはなかった。その代わり、本問では問題とならないはずの株主総会に対する報告義務（同法第384条）に言及した答案が少なくなかった。議案②は株主提案に係るものなので、甲社の監査役会の同意がなくても同法第343条第1項、第3項に違反するものではないが、同規定の趣旨を潜脱すると論じた答案も相当見られた。Fに関する手続上の瑕疵をAが主張することができるか否かを論じた答案は僅かながら見られた。なお、設問1で採った結論によっては、23年総会の招集に係る取締役会決議の瑕疵の存否や、22年総会において取締役に選任されたとも考えられるQやRが監査役に選任されることの適否について論ずることが期待されるが、こうした点を論じた答案も僅かながら見られた。
- (5) 以上のような採点実感に照らすと、「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」の四つの水準の答案は、次のようなものと考えられる。第一に、「優秀」な答案は、主要な論点をほぼ論ずることができていて（主要な論点の一、二が欠けている程度は、差し支えない。）、各問題につき相当な理由付けをして自らの考えを述べ、その考えに基づき論理的に整合性を持った法的議論を展開することのできている答案である。「良好」な答案は、主要な論点で論じられていないものが若干あるが、取り上げた論点についてはそれなりの論理的に整合性を持った法的議論がされている答案である。「一応の水準」の答案は、最低限押さえるべき論点、例えば、設問2であれば、株主と監査役による事前の差止請求と事後の損害賠償請求が、問題文にある事実を適切に当てはめながら少なくとも実質的に論じられていて、議論の筋がある程度通っている答案である。「不良」な答案は、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や、議論の筋の通っていない答案である。

3 法科大学院教育に求められるもの

株主や監査役による差止請求権、利益相反取引に係る取締役の会社に対する責任と

その追及，監査役の選任についての意見陳述権に関する規律は，会社法の基本的な規律であると考えられるが，これらについての理解に不十分な面が見られる。また，設問１や設問３のうちで議案①に係る「否決の決議」が決議取消しの訴えの対象となるかという問題などについて，自分の頭で論理的な思考をして解答を導くという点に不十分な面が見られる。会社法の基本的な知識の確実な習得とともに，論理的思考力を養う教育が求められる。

平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（民事系科目第3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24年司法試験論文式試験問題出題趣旨【民事系科目】〔第3問〕」）のとおりである。

2 採点方針

採点に当たっては、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、設問の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しており、このことは従来と変わらない。

上記②と関連するが、問われていることに正面から答えていなければ、点数を付与することはしていない。自分の知っている論点がそのまま問われているものと思い込み、題意から離れてその論点について長々と記述する答案や、結論に関係しないにもかかわらず自分の知っている諸論点を広く浅く書き連ねる答案に対しては、問われていることに何ら答えていないと評価するなど、厳しい姿勢で採点に臨んでいる。

問われていることに正面から答えるためには、論点ごとにあらかじめ丸暗記した画一的な表現をそのまま答案用紙に書き出すのではなく、設問の検討の結果をきちんと順序立てて自分の言葉で表現する姿勢が極めて大切である。採点に当たっては、そのような意識を持っているかどうかにも留意している。

3 採点実感等

(1) 全体を通じて

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ったとすれば、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。

時間切れで未完成に終わったと思われる答案はほとんど見受けられなかったが、しっかり考えずに書き始めているのではないかと思われる、まとまりを欠いた答案は散見された。問題文をよく読み、答案構成を十分に行ってから、答案を書き始めるべきである。

(2) 設問1（1）について

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。その上で、本問では、これらの知識を抽象的に述べるのではなく、設問の事例との関係で具体的に説明することが求められている。

「作成者」、「間接証拠」と「間接事実」、「認定」と「推認」等の概念について理解が怪しいと思われる答案が目立った。専門用語については定義を踏まえた論述をすべきであり、専門用語以外の用語についても、言葉の意味を意識し、明確かつ厳密に使用してほしい。特に類似した用語がある場合には注意してほしい。

一方、文書の成立の真正についての「二段の推定」については、論述そのものをみる限り、比較的よく理解できているということができ、それ自体として正確な内容が書かれていれば相応に評価しているが、中には「二段の推定」の論述が唐突に現れるなど、書証による証明の過程に関する上記の理解が身に付いているか疑わしいと思われる答案も少なくなかった。二段の推定とは、私文書を客体とする書証につき成立の真正を認定する場面において立証を簡便にするための法理であることを再確認しておいてほしい。逆に、原則的なことをきちんと押さえた上で、特に本問の事例では推定が揺らいでいる可能性があることに触れている答案など、二段の推定についての深い理解がうかがわれる答案に対しては、高い評価をしている。

上記「(1)全体を通じて」でも触れたが、【事例】の中で、弁護士Lが「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考えてみましょう」と言っているにもかかわらず、「処分証書」の意義に言及していない答案や「処分証書」という用語への言及すらない答案が相当数存在したことは残念である。

(3) 設問１（２）について

この問題で求められているのは、『裁判所は当事者の主張しない事実を裁判の基礎とすることができない』という弁論主義の主張責任に関する原則は、主要事実について適用されるどころ、主要事実とは、法律関係の発生等に直接必要なものとして法律が定める要件に該当する具体的事実であり、代理との関係でいえば、授權及び顕名は、民法第99条によれば、本人BではなくCが締結した保証契約上の権利義務がBに帰属するために直接必要な事実であるから、先の定義上、主要事実に当たり、そうすると、効果が同じであるから主張がなくとも代理に関する事実を判決の基礎にすることができるという判例の考え方はこれと相容れない、という論証である。

ところが、①主張責任の原則は、法律関係の発生等に直接必要な主要事実に応用

される、②代理の要件事実は、代理人による契約締結、顕名及び授權である、③したがって、Pの見解は弁論主義に反するとするのみで、①と②が論理的に結び付いていない答案が多く見られた。②の部分は、代理の要件事実を丸暗記して再現しただけで、なぜそれが主要事実なのかを自分の頭の中で整理した上で答案を構成しているとは評価し難く、むしろ、知識が血や肉となって身に付いていないことをうかがわせる。

さすがに弁論主義との関係が問題になることを捉え損なった答案はほとんどなかった。とはいえ、不意打ち防止の観点から当事者の主張が必要であるとだけ論じ、弁論主義の主張責任の原則が主要事実に応用されることと代理権の授与が主要事実であることの具体的な検討を欠いた答案は非常に多かった。また、代理権授与の事実は間接事実には過ぎないが、不意打ち防止の観点から当事者の主張が必要であるとの答案もわずかながら存在した。いずれも、法曹を目指す者の答案としては評価できない。論理を積み上げて丁寧に説明しようとしなくて、不意打ち防止、禁反言、相手方の信頼保護といった抽象的な用語のみから説明したり、直ちに結論を導いたりする答案が評価されないことは、従来の採点実感においても述べてきたところであり、本問を素材にして改めてそのことの意味を考えてほしい。

なお、弁論主義についての一般論を長々と論ずる答案が相変わらずあるが、採点方針②で言及したように、そのような答案は、問われていることを的確に捕まえようという意識に欠けると評価され、採点者に与える印象が極めて悪いことを肝に銘じるべきである。

(4) 設問2について

この事例の前訴においてXが勝訴した理由は表見代理である。表見代理の要件事実は、民法第110条によれば、CがBのためにすることを明らかにして契約を締結したこと、基本代理権の存在、Xが代理権ありと信じたこと及びそのように信じたことについての正当な理由であって、BのCに対する授權の『不存在』は表見代理の要件事実ではない。この知識さえあれば、参加的効力が判決理由中の判断にも生ずるとしても、要件事実でないものについては、たとえ判決理由中で判断が示されていたとしても、それは傍論であって、主文を導き出すために必要な理由ではなく、ひいては、判決理由中で判断が示されることを被告者において当然に予測すべきものでもないことからすれば、授權がなかったことについて参加的効力は生じないという答案が書けてよいはずであるが、そのように書けている答案は少なかった。

参加的効力の趣旨が敗訴責任の分担にあり、理由中の判断にも及ぶという論述は、ほぼ全ての答案においてされていたものの、設問の事例において参加的効力が及ぶこととなる理由中の判断とは何であるかについて具体的に思考できていることが表現されていなければ、優秀な答案とは評価できない。多くの受験者は、要件事実は要件事実、参加的効力は参加的効力といった形で、各論点を相互に無関係な断片として習得する段階にとどまっているのではないかと思われるが、それでは物足りない。手続法の学習においては、各論点を関連させて把握できる段階までの学習を心掛けてほしい。先に設問1(2)との関係で、基礎的な要件事実に関する知識が血肉となるまで身に付いていないことを指摘したが、同じことが設問2に対する解答においても強く感じられた。

論述の順序についていえば、関係条文を形式的に当てはめた場合の帰結が妥当性に欠けることを示した上、制度趣旨等に遡って解釈をし、妥当な結論を導いていくという手順を踏んでほしい。

本問では、「Cの立場から」考えられる法律上の主張とその当否を検討することが求められているのであるから、裁判官のような第三者的立場から論ずるだけでは不十分である。他方で、本問においては当然肯定される参加の利益について必要以上に紙幅を割いて力説する答案も評価できない。このほかにも、訴訟告知によって本問で生じる効力は既判力であり、効力の及ぶ範囲は主文中の判断に限られるのではないかという観点から検討し、結局、そのような結論は採れないと論じる答案も同様である。「Cの立場から」とは言っても、考えられる法的主張には自ずと軽重があり、何か書けば点数をもらえるというものではない。

また、訴訟告知を受けたのに手続に参加しない以上は参加効力を受けてもやむを得ないという価値判断に基づいて、Cの利益に沿わない結論を述べている答案がことのほか多いことには驚いた。被告知者の地位を、訴えを提起されても出頭しない被告と同じように考えたのかもしれないが、訴訟告知制度の基本的な理解を確認してもらいたい。

(5) 設問3について

設問3は、上訴と多数当事者訴訟を結び付けた問題であるが、受験者の理解の不十分さは否めない。具体的にいうと、客観的併合における上訴不可分の原則と主観的併合における共同訴訟人独立の原則の上訴への適用について、言葉は知っていても、その内容が正しく理解できていない答案が多い。

答案の前段で、同時審判申出共同訴訟は、共同訴訟人独立の原則が適用される通常共同訴訟であると一般論として論じておきながら、Cのみが控訴した場合に控訴審でXの「両負け」が生じ得る原因を不利益変更禁止の原則に求めたり、ここで「両負け」を避けるためにXは附帯控訴をする必要があると論じたりする答案が見られる。客観的併合では、併合審判された判決の一つに対し適法な控訴があると、全体について確定遮断及び移審の効力（そもそも控訴提起の効力が確定遮断と移審であることを踏まえている答案は1割にも満たない。）が生じるのに対し、本問のような主観的併合では、共同訴訟人独立の原則により、Cの控訴による確定遮断及び移審の効力は、XのBに対する請求棄却の部分には及ばず、この部分はXが控訴しないことにより確定する。移審せずに確定している原判決に対し、附帯控訴による不服の定立や、控訴裁判所による変更を論じる余地はない。

設問3では、①②の各場合についての結論を答えることは容易であろうが、その結論に至る過程を論理的に表現できている答案は多くなく、優秀と評価できる答案は予想以上に少なかった。

また、同時審判申出共同訴訟がそもそもどういうものであるかをきちんと書いてある答案は少なく、特にそれが実体法上あり得ないような両負けを避けるためのものであることを的確に述べている答案は更に少なかった。

(6) まとめ

以上のような採点実感に照らすと、「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」の四つの水準の答案は、次のようなものと考えられる。「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。

4 法科大学院教育に求めるもの

採点実感に照らすと、受験者の大半は、民事訴訟法の教科書に記載された基本的事項に関する知識はそれなりにあるといえるものの、なお、基本的な概念を正確に、かつ、条文・制度等をその趣旨から理解することの重要性を繰り返し強調する必要があると思われる。また、特に設問2との関係において述べたところであるが、それぞれの知識を相互に無関係な断片として勉強するのではなく、関連させて把握する訓練を心掛けてほしい。実務家教員が関与することにより、要件事実に関する知識が普及してきていることは間違いないものの、それが血肉になって身に付くまでには更に自覚的な努力が必要であると感じられた。

5 その他

従来から指摘しているとおり、試験の答案は、人に読んでもらうためのものである。司法試験はもとより字の巧拙を問うものではないが、極端に小さな字や薄い字、潰れた字や書き殴った字の答案が相変わらず少なくない。各行の幅の半分にも満たないサイズの字を書いているのでは小さすぎ、逆に、全ての行を文字で埋め尽くしている答案も読みづらい。いずれについても改善を求めたいところであり、ここに挙げたような問題点に心当たりのある受験者は、相応の心掛けをしてほしい。

平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（刑事系科目第1問）

1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点の基本方針等

出題の趣旨にのっとり、具体的事例に基づいて甲乙の罪責を問うことによって、刑事実体法及びその解釈論の理解、具体的事実法規範を適用する能力並びに論理的思考力を総合的に評価することが基本方針である。

その際、基本的な刑法総論・各論の諸論点に対する理解の有無・程度、事実の評価や最終的な結論の具体的妥当性などに加えて、結論に至るまでの法的思考過程の論理性を重視して評価した。

本問では、①甲がA合同会社所有（以下「A社」という。）の土地（以下「本件土地」という。）に、A社所定の手続を経ないまま、自己の債務を担保するため、Dを抵当権者とする抵当権を設定（以下「本件抵当権設定行為」という。）し、②甲が①に際して「社員総会議事録」と題する書面を作成した上、Dに交付し（以下「本件社員総会議事録作成行為等」という。）、③甲が乙の勧めに応じて、売却代金を自己の用途に費消する目的で、本件土地をEに売却した（以下「本件売却行為」という。）という一連の行為について、事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な法解釈論を展開し、事実を具体的に摘示しつつ法規範への当てはめを行い、妥当な結論を導くことが求められる。

甲乙両名の刑事責任を分析するに当たっては、侵害された法益に着目した上で、どのような犯罪の成否が問題となるのかを判断し、各犯罪の構成要件要素を一つ一つ検討し、これに問題文に現れている事実を当てはめて犯罪の成否を検討すること及び問題文に現れている事実を丁寧に拾い出して甲乙の共犯性を検討することになる。その際、事実認定上及び法律解釈上重要な問題となる点については、手厚く論じる一方で、必ずしも重要ではない点については、簡潔に論じるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫する必要がある。

本問において、甲乙の罪責を検討するに当たり、本件抵当権設定行為について、業務上横領罪又は背任罪の成否が、本件社員総会議事録作成行為等について、私文書偽造・同行使罪の成否が、本件売却行為について、A社に対する関係で業務上横領罪又は背任罪の成否が、Dに対する関係では背任罪の成否が主要な問題となる。

それぞれの問題を検討するに当たっては、甲の罪責に関して、本件抵当権設定行為を業務上横領罪の成否の問題と捉えれば、抵当権設定行為が横領行為に該当するか否か、横領行為の既遂時期等、本件社員総会議事録作成行為等については、偽造の定義、作成者及び作成名義人の確定、「社員総会議事録」と題する文書が有印私文書に該当するか無印私文書に該当するか等、本件売却行為については、A社に対する関係では、抵当権設定行為について業務上横領の成立を認めた場合、横領物に対する再度の横領の成否等、Dに対する関係では、甲が他人の事務処理者といえるか、乙の罪責に関して、共同正犯の成否、共犯と身分の問題等多岐にわたる論点について、丁寧に論じることが求められる。

なお、本件抵当権設定行為について、甲のDに対する詐欺罪の成否、本件売却行為について、甲乙のEに対する詐欺罪の成否を検討する余地があるが、答案全体のバランスを考えた構成を工夫する（事案に即して問題の重要性に応じた検討をする）という観点から、仮に、詐欺罪の成否に触れるにしても、Dが本件土地に対する抵当権を、Eが本件土地に対する所有権をそれぞれ取得しているという前提の下で、財産的処分行為に向けられた欺罔行為が存在したと認められるかを中心に簡潔に論じるべきであろう。

上記のとおり、本問で論じるべき問題点は、多岐にわたるが、一つ一つの問題点を見れば、いずれも著名かつ基本的な問題点であり、これらの問題点に対する基本的理解を積み重ねていけば、一定の結論にたどり着けるものと思われる、実際にも、相当数の答案が、おおむね一定の範囲の結論に到達していた。

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

多くの答案は、甲乙それぞれに成立する犯罪について、構成要件該当性を意識しながら、本件抵当権設定行為について業務上横領罪又は背任罪の成否、本件社員総会議事録作成行為等について私文書偽造・同行使罪の成否、本件売却行為について業務上横領罪及び背任罪の成否、乙について共同正犯の成否及び共犯と身分の問題を論じており、本問の出題趣旨を理解していることがうかがわれた。

ただし、多くの答案がD及びEに対する関係での詐欺罪の成否を論じていた反面、本件社員総会議事録作成行為等について私文書偽造・同行使罪の成否あるいは本件売却行為についてDに対する関係で背任罪の成否に全く触れていない答案が散見された。

また、一定の結論に到達し、おおむね本問の出題趣旨を理解できているとうかがえる答案であっても、各構成要件要素の理解が不正確な答案、各構成要件要素だけを摘示し、その解釈及び当てはめが不十分な答案が相当数存在した。

(2) 具体例

考査委員による意見交換の結果を踏まえ、答案に見られた代表的な問題点を列挙すると以下のとおりである。

ア 甲の罪責について

- ① 抵当権設定行為について、横領と背任の区別を全く論じないまま、業務上横領罪又は背任罪の成否を論じている答案（特に背任罪の成否を論じている答案）
- ② 業務上横領罪における「業務」の解釈について、「人が社会生活上の地位に基づき反復継続して行う行為」とのみ論じている答案
- ③ 業務上横領罪における「業務」の解釈について全く論じないまま、横領罪の成立を認めた答案
- ④ 業務上横領罪における「占有」の解釈について、「事実的支配」のみ論じ、「濫用のおそれのある支配力」の観点が論じられていない答案
- ⑤ 業務上横領罪における「占有」の解釈について、「法人の機関に占有は認

められない」とする答案

- ⑥ 業務上横領罪の成否を論じるに当たり、不動産に対する抵当権設定行為は、所有権侵害に該当しないとした答案
- ⑦ 業務上横領罪の成否を論じるに当たり、不動産の横領の既遂時期について何ら触れられていない答案が大多数であった。
- ⑧ 私文書偽造罪の成否を論じるに当たり、「偽造」、「作成者」及び「作成名義人」という基本概念の理解が不十分な答案
- ⑨ 私文書偽造罪における「有印」の概念と「無印」の概念の理解が不十分な答案
- ⑩ 本件抵当権設定行為及び本件売却行為にA社に対する関係で業務上横領罪の成立を認めた上、罪数処理に対する問題意識を欠いたまま、特に理由を論ずることなく併合罪処理をした答案
- ⑪ 本件抵当権設定行為及び本件売却行為にA社に対する関係で業務上横領罪の成立を認めた上、罪数処理に対する問題意識を有するものの、両罪の関係を共罰的事後行為とのみ指摘し、実際の罪数処理を行っていない答案
- ⑫ 本件売却行為にDに対する関係で業務上横領罪の成立を認めた答案
- ⑬ D及びEに対する詐欺罪の成否を延々と論じ、バランスを失した答案
- ⑭ Dに対して抵当権設定登記の抹消登記を求めた行為について、詐欺罪を論じた答案

イ 乙の罪責

- ① 共謀共同正犯の概念が認められるかを延々と論じ、バランスを失した答案
- ② 甲との共謀を認定する際に、乙の故意を認定しないまま甲との意思連絡を認めた答案
- ③ 乙に共同正犯が成立するか教唆犯が成立するかを論じる際に、問題文中に現れた各事実が摘示できていない答案
- ④ 乙に共同正犯が成立するか教唆犯が成立するかを論じる際に、問題文中に現れた各事実を摘示しているが、事実の評価の妥当性に疑問がある（例えば、乙の発案であること、乙自身も利益を取得していることなどを認定しながら、乙の得た利益が甲に比較して少ないことだけを理由に教唆犯の成立を認める）答案
- ⑤ 共犯と身分の問題について、規範の定立を行わないまま、結論だけを記載した答案
- ⑥ 乙に関する罪数処理を失念している答案

ウ その他

昨年度の指摘にもあるが、少数ながら、字が乱雑なために判読するのが著しく困難な答案が存在した。達筆である必要はないが、採点者に読まれることを意識し、なるべく読みやすい字で答案を書くことが望まれる。

エ 答案の水準

以上の採点実感を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」という四つの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、本問の出題趣旨及び上記採点の基本方針

に示された本問の主要な問題点を理解した上で、どのような犯罪の成否が問題になるのかの判断基準、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理解するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、これに丁寧に事実を当てはめ甲乙の刑事責任について妥当な結論を導いている答案である。特に単に事実を当てはめるだけでなく、その事実の持つ意味を論じながら当てはめを行っている答案は高い評価を受けた。

「良好」な水準に達している答案とは、本問の出題趣旨及び上記採点の基本方針に示された本問の主要な問題点は理解できており、甲乙の刑事責任について妥当な結論を導くことができているものの、一部構成要件要素の理解が不正確であったり、必要な法解釈論が一部展開されていなかったもの、事実の当てはめが一部不十分であると認められたものなどである。

「一応の水準」に達している答案とは、事案の分析が不十分で、複数の論点についての論述を欠くなどの問題はあるものの、刑法の基本的事柄については一応の理解を示しているような答案である。

「不良」と認められる答案とは、そもそも刑法の基本的概念の理解が不十分であり、本問の出題趣旨及び上記採点の基本方針に示された主要な問題点を理解していないか、問題点には気付いているものの、適切な論述を展開できず、結論が著しく妥当でないものなどである

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

構成要件該当性を意識しながら犯罪の成否を論じるという基本的姿勢は定着しつつあるものの、上記問題のある答案の具体例に記載したとおり、その前提となる構成要件要素について十分に理解していない答案が散見されるという今回の採点結果を踏まえ、各考査委員から「総論に比較して各論の学習が不足しているのではないか。」との感想が複数寄せられた。また、事案から具体的事実を拾い出し、法規範に当てはめ、妥当な結論を導き出し、それを的確に論述する能力が重要であるところ、各考査委員からは、「総論に比較して各論の問題点についての的確に論述する能力が欠けているのではないか。」との感想や「各犯罪類型に該当する典型的事案をイメージできていないのではないか。」との感想も寄せられている。法科大学院教育においては、引き続き、刑法総論の理論体系を習得させるとともに各論の基本的知識を正確に理解し、的確に論述する能力を習得させる努力が望まれる。

判例学習の重要性については、これまでの採点雑感においても指摘されているところではあるが、法科大学院教育においては、判例の結論のみを学生に習得させるのではなく、当該判例が、どのような事案に対して、どのような法解釈を行い、当該結論を導き出したのかについて学習させることにより、事案の分析能力、抽出した事案に即した法解釈能力及び当てはめ能力を学生に習得させるとともに、これを的確に論述する能力を涵養するよう一層努めていただきたい。

1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様、比較的長文の事例を設定し、そこに生起している刑事訴訟法上の問題点につき、法解釈・適用に不可欠な具体的事実を抽出・分析してこれに的確な法解釈により導かれた準則を適用し、一定の結論を筋道立てて説得的に論述することを求めており、法律実務家になるための学識・法解釈適用能力・論理的思考力・論述能力等を試すものである。

出題の趣旨は、公表されているとおりである。設問1は、司法警察員が会社事務所を搜索すべき場所とする搜索差押許可状に基づき、搜索実行中に同事務所社長室に届いた従業員乙宛ての宅配便荷物を開封したこと（捜査①）及びその荷物の中から覚せい剤を発見し、乙を現行犯逮捕した後に同事務所更衣室に設置された乙の使用するロッカー内を搜索したこと（捜査②）について、その適法性を問い、搜索差押許可状に記載されている「有効期間」、「搜索すべき場所」、「差し押さえるべき物」及び逮捕に伴う搜索における「逮捕の現場で」等に関する法解釈を示した上、事例への法適用においては事実が持つ意味を的確に位置付けて論ずることを求めている。設問2は、裁判所が甲と丙の共謀を認める方が甲にとって犯情が軽くなると考え、証拠上、共謀の存否がいずれとも確定できないのに、格別の手続的措置を講じないまま公訴事実に記載されていない丙との共謀を認定したことについて、判決の内容及びそれに至る手続の適法性を問い、解答するのに必要な範囲で有罪判決における犯罪の証明、「疑わしきは被告人の利益に」の原則（利益原則）の意義及び訴因変更の要否に関する法解釈を行い、具体的事実関係に留意しながら、法解釈により導かれた準則の適用について論ずることを求めている。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。

設問1は、搜索という捜査に関する基本的な知識を正面から問うものであり、素材となる判例等も容易に思い浮かぶような事例である。設問2は、判決の内容の適法性については法科大学院の授業で直接扱う事例ではないかもしれないが、事例を素直に読み、有罪判決における犯罪の証明、利益原則の意義という基本に立ち返って考える能力を体得していれば、筋道立った論述ができるはずである。判決に至る手続の適法性については、訴因変更の要否という公訴に関する基本的かつ典型的な問題であり、近時重要な判例が現れたところである。いずれの設問も、法科大学院で刑事訴訟法に関する科目を真面目に学習した者であれば、何を論じなければならないかは明白な事例である。

2 採点実感

各考査委員からの意見を踏まえた感想を述べる。

設問1については、搜索差押許可状に基づく搜索及び逮捕に伴う搜索の適法性について、それぞれいかなる点が法的に問題となる事実関係であるか明確に意識し、各問題点ごとに法解釈を的確に論じた上で、個々の事例中に表れた具体的事実を適切に抽出、分析しながら論じられた答案が見受けられ、また、設問2については、判決の内容及びそれに至る手続の適法性について、事例中の具体的事実関係を前提に、最高裁判所の判例法理等の理解をも踏まえて有罪判決における犯罪の証明、利益原則の意義

及び訴因変更の要否という問題に対し、各自の基本的な立場を明らかにして的確な論述ができている答案が見受けられた。他方、抽象的な法解釈や判例の表現の意味を真に理解することなく機械的に暗記し、また不正確な知識を事例と関係なく断片的に記述しているかのような答案も相当数見受けられたほか、関係条文からの解釈論を論述・展開することなく、事例中の事実をただ書き写しているかのような解答もあり、法律試験答案の体をなしていないものも見受けられた。

設問１の捜査①では、令状に基づく捜索の適法性について問われているのであるから、令状裁判官が捜索差押許可状により捜査機関にいかなる捜索を許可したのかについて意識し、捜索場所に捜索実行中に届いた荷物であることと有効期間内における捜索が許可されたこととの関係、乙宛ての荷物であることとＴ株式会社の管理する場所内の捜索が許可されたこととの関係、平成２３年１０月５日に捜索場所に新たに持ち込まれた乙宛ての物であることと被疑事実（同月２日の甲による覚せい剤の営利目的所持）に関連する覚せい剤等の捜索が許可されたこととの関係に分けて論ずる必要があるが、捜索場所に捜索実行中に届いた荷物の問題点については、多くの答案においておおむね適切な論述がなされていたものの、乙宛ての荷物とＴ株式会社の管理権との関係及び被疑事実と対象物との関連性については全く言及しない答案が数多く見受けられ、特に証拠物（覚せい剤）が存在する蓋然性さえあれば、侵害することが許可された管理権（Ｔ株式会社の管理権）の範囲を超えて捜索できるといった誤った理解を前提としているかのように思われる答案が目立った。また、法適用に関しては、事例に含まれている具体的事実を抽出・分析することが肝要であるところ、様々な具体的事実を考慮要素として挙げながら、いかなる要件との関係においてどのように評価したのか全く言及しないまま結論を導き出すなど、結論に至る思考過程が不明確な答案が相当数あり、学習に際しては、具体的事実の抽出能力に加えて、その事実が持つ法的意味を意識して分析する能力の体得が望まれる。

捜査②のうち令状に基づく捜索も同様に、乙使用のロッカーであることとＴ株式会社の管理権との関係、乙使用のロッカーであることと被疑事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係に分けて論ずる必要があるが、被疑事実と対象物との関連性について全く言及しない答案が数多く見受けられた。また、Ｔ株式会社の管理権の問題を論ずるに当たっても、会社事務所という場所に対する令状の効力がその場所内に設置されている乙使用のロッカー内に及ぶかという捉え方をせず、被疑者甲に対する令状の効力が乙にも及ぶかという誤った捉え方をした答案が相当数見受けられ、捜査①と同様に証拠物が存在する蓋然性さえあれば、Ｔ株式会社の管理権の範囲を超えて捜索できると考えているかのような答案が目立った。そして、捜査①ではＴ株式会社の管理権の点を検討しないまま乙宛ての荷物を開封することについて適法とし、捜査②では乙による事実上のロッカーの使用を重視して乙使用のロッカーを開錠することについて違法とした答案が相当数見受けられたが、これは乙の個人宛ての荷物と乙の個人使用のロッカーで法的論理構成や取扱いを全く異にするものであり、厳しい評価をすれば、事実分析能力及び論理的思考能力の欠如を露呈するものと言わざるを得ない。

捜査②のうち現行犯逮捕に伴う無令状捜索については、乙使用のロッカーが事務所更衣室にあることと「逮捕の現場で」との文言との関係、乙使用のロッカーであることと逮捕事実と関連する乙の携帯電話や手帳等が存在する蓋然性との関係に分けて論

ずる必要があるが、逮捕の現場に関する問題点については、相当数の答案においておおむね適切な論述がなされていたものの、逮捕事実と対象物との関連性については全く言及しない答案が数多く見受けられた。また、逮捕の現場に関する問題点を論ずるに当たっても、搜索することが可能な場所はたとえ逮捕の現場に該当するとしてもT株式会社の管理権が及ぶ範囲に限定されると考えなければならないのに、乙の管理権が及ぶ範囲については搜索可能である、又は、T株式会社の管理権が及びさえすれば、逮捕の現場を超えてでも搜索できるといった誤った理解を前提としているかに見える答案が目立った。

次に、設問2のうち判決の内容については、証拠上存否いずれとも確定できない事実を判決で認定してよいかが基本的な問題であり、有罪判決における犯罪の証明及び利益原則の意義を意識していかなる内容の判決をなすべきか各自の考えを明らかにして論ずる必要があるが、事例中に、裁判所において、丙と共謀した可能性はあるものの存否はいずれとも確定できないとの心証であることが明記され、設問でも、「裁判所によるその証明力の評価」については問題がないものとする旨注意書きまでしたにもかかわらず、この基本的事項について触れる答案は少なく、有罪判決における犯罪の証明及び利益原則の意義などに発展させて論述している答案はごく僅かであった。

設問2のうち判決に至る手続については、訴因変更の要否を論ずる必要があり、抽象的な法解釈については、多くの答案において最高裁判例（最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁）を踏まえておおむね適切な論述がなされていたが、同判例の内容を当該具体的事案に即して正確に理解していると思われる答案は比較的少数にとどまった。すなわち、同判例は、審判対象を画定するのに必要な事項に変動がある場合には被告人の防御に不利益か否かにかかわらず訴因変更を要するとしているのに、共謀の存否が審判対象を画定する事項に当たるとしながら、被告人の防御の利益を害しないから例外的に訴因変更は不要であるとする答案が少なからず見受けられた。その一方で、同判例の示した準則の適用に当たり、犯罪の日時、場所及び方法等をもって構成要件に当てはまる具体的事実を記載したものが訴因であるという最も基本的な事項についての理解が浅薄で、共謀の存否に関し、極めて安易に審判対象を画定するのに必要な事実でない、罪となるべき事実でない、情状にすぎないなどとする答案が多数見受けられた。また、前記判例の事案は、審判対象を画定するのに必要ではない事項を検察官が訴因に明示した場合であり、本事例との間に極めて大きな違いがあるにもかかわらず、これを明確に意識して論じた答案はごく少数であった。さらに、甲と丙が共同正犯として同時に起訴された場合に判決で甲丙間の共謀が認められずに甲は単独犯、丙は無罪となるのが縮小認定（一部認定）の典型例の1つであるのに、何ら特段の理由を記載しないで、単独犯の縮小認定により共同正犯と認めることができるので訴因変更の手続は不要であるとの結論のみを記載した答案も相当数見受けられた。

なお、本年においては、複数の考査委員から、容易に判読できない文字で記載された答案があり、採点に困難を来したとの指摘があったので、答案作成に当たっては改めて筆記試験であることを留意していただきたい。

3 答案の評価

「優秀の水準」にあると認められる答案とは、設問1については、搜索差押許可状

に基づく捜索及び逮捕に伴う捜索の適法性について、事例中の法的問題を明確に意識し、各問題点ごとに的確な法解釈論を踏まえて、個々の事例中に表れた具体的事実を適切に抽出、分析しながら論じ、また、設問2については、判決の内容及びそれに至る手続の適法性について、事例中の具体的事実関係を前提に有罪判決における犯罪の証明、利益原則の意義及び訴因変更の要否という問題に対し、各自の基本的な立場を明らかにして的確な論述をする答案であるが、このように、出題の趣旨を踏まえた十分な論述がなされている答案は、僅かであった。

「良好の水準」に達していると認められる答案とは、設問1については、法解釈について想定される全ての問題点に関し一定の見解を示した上で、事例から具体的事実を抽出できてはいたが、更に踏み込んで個々の事実が持つ意味を一層深く考えることが望まれるような答案であり、設問2においては、存否がいずれとも確定できない事実を判決で認定することの問題点に触れて一応の論述がなされ、かつ、訴因変更の要否についても前記最高裁判例を踏まえて正確な論述がなされているものの、「優秀の水準」にある答案のように本件での具体的な当てはめができていないような答案である。

「一応の水準」に達していると認められる答案とは、設問1においては、法解釈について一定の見解は示されているものの、具体的事実の抽出、当てはめが不十分であるか、法解釈については十分に論じられていないものの、事例中から必要な具体的事実を抽出して一応の結論を導き出すことができていた答案がこれに当たり、設問2においては、存否がいずれとも確定できない事実を判決で認定することの問題点に触れて有罪判決における犯罪の証明又は利益原則の意義のいずれかについて一応の論述がなされ、かつ、訴因変更の要否についても一定の見解は示されているものの、本件での具体的な事実関係を前提にこれを的確に適用できないか、法解釈については十分論じられていないものの一応の結論を導き出しているような答案である。

「不良の水準」にとどまるものと認められる答案とは、上記の水準に及ばない不良なものをいう。例えば刑事訴訟法の基本的な原則の意味を理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に記述している答案や、関係条文から法解釈を論述・展開することなく、事例中の事実をただ書き写しているかのような答案等、法律学に関する基本的学識の欠如と能力不足が露呈しているものであり、例えば、設問1では、捜索場所に捜索実行中に届いた荷物に関する最高裁判例（最決平成19年2月8日刑集61巻1号1頁）の結論のみを記載し、また、事例とは全く異なる事実関係であるのに、「捜索場所に居合わせた第三者の身体に対する捜索」に関する判例法理等に強引に引き寄せて捜索物（覚せい剤）が存在する蓋然性のみを詳細に論ずる一方で、T株式会社の管理権や被疑事実又は逮捕被疑事実と対象物との関連性についての問題点に全く触れていない答案がこれに当たり、設問2では、具体的な事実関係が事例中に表れているにもかかわらず、判決内容の適法性の問題に触れず、逆に訴因変更の要否については、事例の事実関係において自己が答案を書きやすいように訴因変更の要否に関する前記最高裁判例の結論のみを不正確に改変記載して当てはめるなどであり、幾つかの俗にいわゆる典型論点に関する浅薄な知識を適当につなぎ合わせただけとしか評しようなない答案がこれに当たる。

4 法科大学院教育に求めるもの

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、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を基本から正確に理解し、これを具体的事例について適用できる能力、筋道立った論理的文章を記載する能力、重要な判例法理を正確に理解し、具体的事実関係を前提としている判例の射程範囲を正確に捉える能力を身に付けることが強く要請される。特に、実務教育の更なる充実の観点から、基本に立ち返り、日常的に行われている刑事手続の進行過程や刑事訴訟法上の基本原則を正確に理解しておくことが、当然の前提として求められよう。

平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（倒産法）

1 出題の趣旨・狙い等（出題の趣旨に補足して）

個別的な内容については、既に「出題の趣旨」として公表したとおりである。

本年の問題の作成に当たっても、昨年と同様、基本的な概念の理解、具体的な事案を法律の規律に的確に当てはめて要件の充足性等を判断する能力、実体法の理解を踏まえた倒産法の規律の理解、具体的な事案に応じて関係者間の利益を適切に考慮する能力及び問題解決のための対応策の選択の能力を試すこと等に重点を置くこととした。

2 採点方針

解答に当たって言及すべき問題点等については、既に「出題の趣旨」として公表したとおりである。

第1問については、本件の具体的な事案に即して、支払不能となる具体的な時期を認定した上、そこから導かれる適切な否認権に関する規定の適用について、多様な視点を意識しつつ、論ずることができるか（設問1）、株主総会の各決議の取消しの訴えの内容を分析した上、破産手続開始の決定による中断の有無及びその結論を踏まえて生ずる問題点を的確に論ずることができるか（設問2）という点に重点を置いた。

第2問については、対抗関係の発生を認識した上で、再生手続開始後にされた再生債務者及び第三者の行為の効力について、本件の具体的な事案を基にして適切な規律を当てはめて論ずることができるか（設問1）、再生計画案を決議に付する旨の決定の要件の有無について分析した上、設例の再生計画案の内容が清算価値保障原則に反するものでないか及び一部の債権者に対する弁済が再生債権の弁済禁止の規律に反するものでないか等を的確に論ずることができるか（設問2）という点に重点を置いた。

3 採点実感等

(1) 第1問

設問1については、支払不能の時期の認定に当たり、設例の事案を丁寧に分析することが不可欠であり、与えられた事実関係からは、破産法第162条第1項第2号の規定による否認を検討の柱とし、その成否についての複数の考え方を検討すべきことになると考えられ、このような構成を展開した答案については、高い評価が与えられた。これに対し、漫然と7月25日又はそれ以前の段階で支払不能であったと安易に認定し、同項第1号イの問題としてのみ論じている答案や、同項第2号を問題としつつも、8月中旬の時点で説得的な理由なく支払不能を認定している答案が相当程度見受けられた。さらに、同条の適用の検討に当たり、同時交換的行為ないし有害性の記述に相当程度のウエイトを置く答案も相当数存在したが、規定の趣旨及び文言に立ち返って考えるという習慣が必要であろう。加えて、同法第160条の規定による否認のみを延々と検討する等、財産減少行為と偏頗行為との区別等の基本概念の理解について疑問を抱かざるを得ない答案も少なくなかった。また、問題文に「予想されるX及びB社の主張を踏まえて」と記載されており、支払不能時期の認定に当たっての異なる立場からの検討を求められていることが明らかであるにもかかわらず、自説以外の考え方についての言及が全くないか、又はほとんどないという答案も若干数見られた。

設問2については、破産法第44条第1項の適用の可否という問題については、多くの答案が指摘していたが、設例の①から③までの各決議のそれぞれについて同項に規定する「破産財団に関する訴訟手続」に当たるかどうかを検討していないものもあり、具体的な理由付けを各決議ごとに説得的に論ずることができたかどうかで差が付くこととなった。また、破産手続開始の決定による会社と代表者の委任関係の帰すうにまつわる問題点については、一定程度の答案が触れていたものの、当事者適格の問題（被告となる者がA社かXか）と訴訟追行を行う者の問題（被告となる者がA社のままである場合に、A社を代表する者が誰であるのか）とが明確に区別することができていない答案が多かった。なお、設例の①の決議取消訴訟に関する訴えの利益の問題や、弁論の分離に関する論述も期待したが、これらについて論じた答案は少なかった。また、株主総会決議取消訴訟を株主代表訴訟と混同して同法第45条の（類推）適用の可否を論じたり、設例の③の決議取消訴訟を破産債権に関する訴訟に当たるとして同法第44条第2項の適用の可否を論ずる等、解答者の基本的な知識・理解が乏しいと考えざるを得ない答案も存在した。

総じて、第1問については、支払不能の時期についてどこまで事案を分析して規律的・的確な当てはめをしているかどうか、また、株主総会決議の内容を分析して当てはめをしているかどうか等で差が付くこととなった。基本的な概念を正確に理解した上で、事案を丁寧に分析し、破産法の規定を適切に当てはめて論じている答案が優秀答案と評価し得るものであった。優秀に達しないものは、基本的な概念についての理解の正確さ、事案の分析の丁寧さ、破産法の規定の当てはめの適切性等の程度に応じて、良好又は一応の水準に答案の評価が分かれることとなった。基本的な概念についての理解が乏しく、事案を分析し規律を的確に当てはめて論ずることができていない答案は、不良の評価となった。

(2) 第2問

設問1については、A社とB銀行が対抗関係に立つこと自体は比較的多くの答案が指摘することができていたものの、それを根拠付けて論じた答案や、対抗関係を踏まえた上で、再生手続開始後にされたA社（代理人B銀行）による通知及びC社による承認の双方について、それぞれの効力を的確に論じた答案は少なく、通知と承諾を区別することなく論じた答案や、民事再生法第44条又は第45条のいずれについても、その要件の当てはめの検討が不十分な答案が目についた（通知について同法第54条第4項等の適用を論じたものは、ごく僅かであった。）。また、再生手続開始後にされたものであるにもかかわらず、特段の根拠も示さないまま、通知又は承諾を否認の対象として検討した答案が多く（ただし、一定の点数は付与した。）、また、監督委員であるXが対抗関係にある第三者であるとして、その対抗の可否について論ずる等、再生手続の基本的な仕組み・概念について理解していないものと推察される答案も相当程度存在した。なお、債権譲渡の通知については、民法上、譲受人が譲渡人の代理人となることができると一般に解されているが、説得的な理由付けをすることなく、これを否定したため、設問の倒産法固有の問題点の検討に到達することのできなかつた答案も、少なからず存在した。

設問2については、そもそも、再生計画案を決議に付する旨の決定の要件（民事再生法第169条第1項）の問題であることを指摘することができていない答案が一定数存在した。再生計画案に関する個別の問題のうち、設問の再生計画案の内容

が清算価値保障原則に反するかどうかを論じた答案は一定程度は存在したものの、結論を述べるのみのものが多く、予想破産配当率を負債額ではなく、総資産額を基に考えているとうかがわれるなど、基本的な概念についての理解に疑念を生じざるを得ない答案も見受けられた。また、D社に対する弁済についても、同法第85条第1項により無効となるという原則論自体が押さえられていない答案が少なくなく、一般論として債権者平等の原則に反する等と論ずるにとどまっていたり、否認の可否を検討したりするなど、この点においても、基本的な規律・概念を理解することができていないと感じられる答案が見受けられた。加えて、是正措置の勧告の内容については、ほとんどの答案が言及していないか、又は簡単に触れる程度の記載しかなかった。

総じて、第2問については、対抗関係の発生を根拠付けた上で、通知と承諾の違いを踏まえ、それぞれの効力について民事再生法の規律の適用を的確にすることができたかどうか、また、決議に付する旨の決定の要件の検討という問題を設定した上で、再生計画案の条項から清算価値保障原則の問題を抽出して的確に検討し、一部の債権者に対する弁済の再生法上の取扱いに正確に条文を当てはめることができたかどうか等で差が付くこととなった。第1問と同様に、基礎的な概念の正確な理解を基に事案を分析し、的確な規律の当てはめを論じている答案が優秀答案と評価し得るものであった。優秀に達しないものは、基礎的な概念についての理解の正確さ、事案の分析の丁寧さ、規律の当てはめの的確性等の程度に応じて、良好又は一応の水準に答案の評価が分かれることとなった。基礎的な概念についての理解が乏しく、事案を分析し規律を的確に当てはめて論ずることができていない答案は、不良の評価となった。

4 今後の出題について

今後も、特定の傾向に偏ることなく、基本的な事柄に関する知識・理解を確認する問題と具体的な事案からの問題発見能力を試す問題、倒産実体法に関する問題と倒産手続法に関する問題、企業倒産に関する問題と個人倒産に関する問題等、幅広い観点からの出題を心掛けることが望ましいと考える。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

まずは、倒産法における基本的な概念・基礎的な事項について、条文の規定等に基づき、しっかりと身に付けさせるということが重要であると考えられる（今回の出題に関して言えば、「支払不能」、「偏頗行為」、「破産財団」、「再生債務者の第三者性」、「清算価値保障原則」等）。その上で、具体的な事案に関し、このような基本的な概念・基礎的な事項を基にして、正確に事案を分析し、法的に何が問題となるのかを的確に抽出し、それに対して倒産という事象が発生した場合の適切な問題解決という結論を導くため、論理的な整合性に配慮しつつ、的確な倒産法の規範の当てはめを行うことができる能力の養成を期待したい。

平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（租税法）

1 出題の趣旨・狙い等（出題の趣旨に補足して）

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点実感等

(1) 第1問

主要な論点と求められる能力は、「出題の趣旨」に記載したとおりである。採点に当たっては、基本的なルールの説明に対しても一定の基礎点を与えたが、より多くの点数について当てはめで評価した。当てはめについては、結論によって差を付けるのではなく、問題文に記載されている契約内容の解釈とそれに基づく支払の性質の理解、株式に関する法律関係の理解、事実摘示と事実評価の適切さ、所得税法の基本ルールの当てはめにおいて法律の適用順序に誤りはなく、論証の論理性に問題はないか、という観点から見て、その結論を導き出す論証の部分にどれほどの説得力があるかという論証の質を重視した。

設問1（所得税法関係）の主たる論点である所得の種類については、それぞれの所得の種類の意義に関する基本的な理解（いわば基本ルール）に関する限り、「一応の水準」以上の答案が大部分であり、「良好」以上の答案も多かった。これに対して、事実や契約の分析とそれを踏まえた法律の当てはめの部分の論述では、問題文中に記載されている契約の内容や支払の法的性質の分析を曖昧にしたまま結論だけを述べるものや、問題文に記載されている情報のごく一部にだけ焦点を当て、事実評価を誤った結果妥当性を欠く結論に至っているものが相当数あった。出題の趣旨で言及した所得の種類以外にも給与所得、譲渡所得まで検討対象を広げている答案も多かった。そのこと自体は全く問題ないが、この問題のような脱サラ、起業という状況設定及び起業支援契約の契約内容からは、給与所得や譲渡所得に該当するという結論に至る可能性はないと言ってよいことを考えると、時間の配分を考えて検討にメリハリを付けるという判断も必要である。

なお、契約に基づく支払の所得分類の判断においては、納税者（甲）の活動の態様を観察して、事業所得を生じる事業と言える程度の活動をしているかを判断することも重要であるが、支払の根拠となる契約を解釈してその支払が何の対価であるかを分析することも同じように重要である。前者については、丁寧に書けている答案も少なくなかったが、後者の観点から契約内容の分析がしっかりできている答案は、期待していたよりも少なかった。課税対象となる取引・契約の内容やそれらの法的性質を理解することと租税法のルールを正しく理解することは、課税上の判断の基礎となる車の両輪であるから、採点においては、そのことを考慮して点数を付与した。

所得の年度帰属については、所得税法第36条第1項、第2項の基本ルールの一般的説明に関する限り、おおむね良好といえる答案が多数であった。具体的な当てはめにおいては、起業支援金については契約上支払が条件にかかっていることを指摘し、契約の内容を理解して当てはめるというプロセスがきちんと書けている答案も多かったが、株式については、合意の成立時期だけを考慮することで足りるのか、会社法に定められている株式の権利移転の手続き及び効力要件に関する規律を所得

税法上の所得の実現と関連付けて考える必要はないかなどの検討も必要と思われるところ、その点まで踏み込んでよく考えられた答案はあったものの多くはなかった。

設問2（法人税法関係）は、設問1の所得の支払者側の課税取扱いについて問うというものであって、いわば設問1の関連質問である。法人税法第22条第3項第2号の費用への該当性及び寄附金への非該当性並びに費用の認識時期（債務の確定要件を含む。）の理解を問うという、損金に関する基礎的な問題であり、基礎的な学習さえしていれば解答できる問題であろうと予想していたが、結果的には、点が取れる答案と点が取れない答案とに二分され、かつ設問1の出来と設問2の出来にはほとんど相関関係がないという印象を受けた。設問2については、解答がないか又はほとんど書いていない答案もあったが、点が取れない答案とは、そういうもののことではなく、法人税法の基礎的な学習が所得税法の学習に比しておろそかになっていたのではないと思われる答案という意味である。例えば、金銭も資産だという思い込みからか、奨励金や起業支援金は無償による資産の譲渡であるから益金に算入されるという解答が書かれた答案（さらに、そのうちの相当数のものが益金と損金の両方に算入されるという解答をしていた。）や、奨励金について、広告宣伝費に該当するか否かの検討をせずに、また法人税法第37条第7項の括弧書きの「広告宣伝…の費用その他これらに類する費用…を除く。」にも気付くことなく、寄附金に該当すると解答している答案などが、点が取れない答案の典型例である。

第1問の答案全体を通してみると、「優秀」に該当する答案の割合と内容は予想通りであったが、「良好」に該当する答案の割合が予想よりも少なかった。

(2) 第2問

公表済みの「出題の趣旨」の中で述べた主要な論点に即して、それぞれについて試されている能力を重視して、採点した。その際、所得税法及び法人税法の基本的な規定を正確に理解しているかどうか、適用法規の選択とそれへの単なる（機械的な）当てはめによって解答を導き出すのではなく、適用法規の趣旨目的やその基礎にある考え方を適切に考慮に入れた上での当てはめを行うという法律家らしい姿勢で解答を導き出そうとしているかどうか、を重視した。採点結果の概要及び実感は以下のとおりである。

設問1では、まず、資産分類と所得分類との関係が重要な論点の1つである。P建物、P土地及びP商品については、多くの答案において適用条文は正しく選択されていたが、所得税法第33条第2項第1号の規定が棚卸資産の譲渡による所得を譲渡所得から除外する理由を理解していないことをうかがわせる答案も散見された。P売掛金については、「P売掛金の基礎となる売買契約の対象商品は、P売掛金のX社への譲渡の時までに、全てAから買主に引渡済みであった。」という事実を考慮せず、金銭債権として「資産」（所得税法第33条第1項）該当性を論じる答案が少なくなかったが、中には、上記の事実を適切に考慮して判断を示した答案も見られた。

次に、資産の低額譲渡について、所得税法第59条第1項第2号の規定の適用は多くの答案において的確に行われていたが、P商品の譲渡による所得を事業所得に分類しながらも同法第40条第1項第2号の規定の適用を検討していない答案が少なくなかった。後者のような答案の中には、所得税法第59条第1項の規定が事業所得を対象としていないにもかかわらず、資産の低額譲渡であれば資産の種類を問

わず同規定を適用するものも相当数見られたが、そのような答案は、適用条文を実際に確認することなく記憶だけに頼って解答しようとしているのではないかとさえ思わせるものであった。そうであるとすれば、普段からの基本的な学習姿勢に問題があるように思われる。なお、P建物及びP土地の譲渡が「著しく低い価額の対価として政令で定める額」（所得税法第59条第1項第2号）による譲渡に該当するかどうかを検討するに当たって、P建物とP土地を一括して判断するか又は別々に判断するか、その判断の違いによって譲渡所得の金額が異なる金額になることをどのように評価するか、というあり得る論点について検討を行う答案が、数は少ないながらも見られた。

設問2については、まず、AからX社へのQ土地の負担付贈与が所得税法第59条第1項第1号の規定にいう「贈与」に該当するかどうかを検討する答案が多かったが、同規定の趣旨目的に関する正確な理解を示している答案は多くはなかった。判例（最判昭和63年7月19日判時1290号56頁）の結論を覚えるだけでなく理由付けを理解し論証に援用できるようにすることを心掛ける学習が不可欠である。また、Q土地の負担付贈与については、X社に対する法人税の課税上の処理に正確さを欠く答案が少なくなかった。法人税法第22条第2項という基本的な規定の適用について応用力の涵養が望まれる。

次に、AからX社へのQ建物の低額貸付けについては、ほとんどの答案でAに対する所得税の課税関係に関する的確な解答が見られた。所得税法には、低額賃料を「適正賃料」に引き直す規定が定められていないことにまで言及する答案も散見された。また、X社に対する法人税の課税関係については、法人税法第22条第2項が「無償による資産の譲渡」及び「無償による役務の提供」を明文で定めているのとは異なり、「無償による資産の譲受け」に係る明文の規定を定め、無償による役務の受入れに係る明文の規定を定めていないことをどのように考えるかを検討することなく、当然のごとく、無償による役務の受入れを「無償による資産の譲受け」と同様に取り扱っている答案が多く見られた。法人税法第22条第2項という基本的な規定について文言に則して正確に理解しようとする学習が望まれる。

第2問の採点の結果、「優秀」と「一応の水準」に該当する答案の割合はほぼ想定どおりであったが、「良好」に該当する答案の割合がやや少なく、その分「不良」に該当する答案の割合がやや多かった。総じて、冒頭で述べた法律家らしい姿勢に物足りなさを感じさせる答案が多かったが、「不良」や「一応の水準」に該当する答案については、それ以上に、所得税法及び法人税法の基本的な規定に関する正確な理解の必要性が痛感された。

3 今後の出題について

今後の出題についても、これまでどおり、所得税を基本としつつ、具体的な事実関係の下で租税法の基本的な条文や概念の理解とその適用能力を試す問題を出題し、出題形式は、受験者が出題の意図に従って解答しやすくするよう小問を順次検討していく形式によることが望ましいと考えられる。

4 今後の法科大学院教育に求められるもの

上記3で述べたとおり、今後も所得税を基本とする問題が出題されると思われるが、

法人税についての基礎的な知識の修得も必要であることは言うまでもない。

法科大学院においては、法律実務家にとって重要なのは法解釈論であることを当然の前提とした上で、所得税法及びこれに関連する法人税法に関して、基本的な条文や概念を他と関連付けて多角的に検討し理解する学習を基礎にして、そこで習得した知識や能力を事例演習等によって確認し、それらの応用力や総合的判断力を涵養していくというような教育が望まれる。

5 その他

全体的な印象として、バランスが悪い答案がかなりあった。例えば、第1問で、年度帰属の論点を権利確定主義から長々と論じてしまい、所得区分の論点をあっさりとししか論じていない答案が相当数あった。このような答案は、他の論点でも十分な論証がなされていないため、必然的に低い評価となった。これに対し、高得点の答案は、基礎的な知識を前提に、論点の配列についての手順をわきまえ、それぞれの論点に対する記述もバランス良く適切な量であり、結論に至る論理の流れもよどみなくスムーズであった。このような答案こそ採点者を唸らせる答案といえよう。

実務法曹にとって最も大切な資質の一つがバランス感覚である。司法試験の答案の作成においてもバランス感覚を十分に働かせることが求められる。特に事例問題の場合には、法律の知識だけでなく、限られた時間及び答案用紙の中で、問題文に示された事実関係の中から重要な争点は何かを適切に把握した上で、重要度の高さに応じた密度で説得力のある答案を作成する能力も試されることになる。

1 出題の趣旨について

出題に当たり、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）上の制度・規定の趣旨及び内容を正確に理解し、問題文の行為が当該市場における競争にどのような影響を与えるかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討した上で、要件の当てはめができるか、それらが論理的かという点を評価し得るような問題作成を目指した。

出題した2問は、独占禁止法の基本を正確に理解し、これに基づいて検討すれば解答し得る問題であり、公表されている公正取引委員会の考え方やガイドライン等について細かな知識を求めるものではない。

2 採点方針

別途公表済みの出題の趣旨及び上記1で述べたとおり、独占禁止法の基本的概念や個別の要件の意義を、その趣旨を踏まえて正確に理解しているか、当該行為が市場における競争に与える影響を十分に洞察しようとして、問題文のどの事実をどのような観点から取り上げるのが相当かを分析した上で、的確に要件に当てはめることができているか、それらは論理的かつ説得的で矛盾がないかという観点から、法的な能力を見ようとした。

第1問は、化学製品甲の販売価格の値上げ行動について、独占禁止法第2条第6項、第3条の不当な取引制限（いわゆる「価格カルテル」）の成否及び離脱の成否を問うものであり、①甲製品の特徴（代替商品の有無、地理的範囲など）を踏まえた市場を画定し、問題文の具体的事実（4社のシェア、競争者の数・シェア、隣接市場及び需要者からの競争圧力、輸入圧力など）を摘示しながら競争の実質的制限の有無を論理的かつ説得的に検討できているか、②部長会での明示の合意が成立していない前提の下で、問題文の具体的事実（4社による過去の値上げ実績、A社による新聞発表、A社・P部長のメール送信、4社の値上げ活動など）を摘示しながら部長会前後の4社の客観的行動を分析するとともに、A社による新聞発表によって値上げ活動を行ったY社の行動を分析して4社及びY社における黙示の合意の成否が検討できているか（設問1）、③部長会での4社による明示の合意が成立した前提の下で、合意成立後の事実関係（一部顧客との間で値上げが成功したA社及びB社、値上げをしていないC社、値上げに成功しなかったD社）を踏まえて、不当な取引制限の成立時期という基本的事項を理解しているか、C社については、問題文の具体的事実（上司の指示内容、他の3社との連絡状況、その後の部長会の欠席、過去の値上げ実績など）を摘示しながら不当な取引制限の離脱の成否を論理的かつ説得的に検討できているか（設問2）を見た。

第2問は、栄養機能食品の販売方法（横流ししないし転売の禁止）について、不公正な取引方法の拘束条件付取引（独占禁止法第19条、一般指定12項）の理解及び検討を問うものであり、①行為要件該当性、競争減殺効果、正当化事由の各要件の意義及び内容を正確に理解しているか、②行為要件該当性については、問題文の方策①、②の関係を踏まえて具体的に拘束の有無を検討できているか、③競争減殺効果については、代替品βの評価を含めた市場を画定し、市場の実態に即して、ブランド内競争

の状況（甲のブランド力，流通経路の閉鎖性），ブランド間競争の状況（参入障壁の高さ，価格競争の活発さ）などを問題文の事実関係を摘示しながら丁寧に検討できているか，④正当化事由については，顧客への商品の説明及び品質保持のための温度管理の必要性について，目的の正当性及び手段の相当性の観点から検討するとともに，代替的方法・手段について検討できているかを見た。

3 採点実感等

(1) 出題の趣旨に即した答案の存否，多寡について

第1問については，多くの答案が出題の趣旨に即して，不当な取引制限（いわゆる「価格カルテル」）の成否及び離脱の成否を検討し，設問1については，不当な取引制限の成立要件である合意（意思の連絡），一定の取引分野（市場）の画定，及び競争の実質的制限について検討を行い，設問2については，以上のほか，不当な取引制限の成立時期と合意からの離脱について検討を行っていた。もっとも，一定の取引分野の画定及び競争の実質的制限について十分に検討することなく結論のみを述べる答案や不当な取引制限の成立時期と合意からの離脱について十分な理解をしないまま作成された答案も少なからず見られた。

第2問については，多くの答案が出題の趣旨に即して，Xの方策①②について不公正な取引方法のうちの拘束条件付取引を検討していたが，方策①と方策②の関係を明確に意識して触れているものはそれほど多くはなかった。また，答案の中には，方策①を単独の取引拒絶，方策②を拘束条件付取引とする答案も少なからず見られた。さらに，拘束条件付取引以外の不公正な取引方法（取引拒絶，優越的地位の濫用等）や私的独占を中心に検討している答案も見られた。

(2) 出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準との差異について

第1問については，不当な取引制限の成否及び離脱という不当な取引制限の要件についての基本的な理解を問うものであったことから，出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準には大きな差異は見られなかった。もっとも，問題文から得られる多くの事実の中から重要な事実を拾い出し，説得力ある論述をすることが期待されたが，この期待に応える答案は多いとはいえなかった。

第2問については，方策②を方策①の実効性確保手段と位置付け，これを転売ないし横流しの禁止行為として，不公正な取引方法のうちの拘束条件付取引に該当するとした上で，その公正競争阻害性と正当化事由を中心に論じる答案が多いと予想していたが，ネット販売業者に対する単独・間接の取引拒絶として論じるものが予想以上に多かった。また，公正競争阻害性については，本件行為の価格維持効果について，問題文の事実を摘示し，ブランド内競争やブランド間競争等の市場の状況を分析して，丁寧に論述してほしかったが，多くの答案がこの点不十分であり，中には，市場を画定しないまま公正競争阻害性について論述する答案も少なからず見られた。さらに，正当化事由についても，結論のみで理由付けがきちんとなされていない答案が多く見られた。

(3) 「優秀」，「良好」，「一応の水準」，「不良」答案について

第1問については，「優秀」な答案は，不当な取引制限の成立要件と離脱要件に関する必要な論点について基本的な理解をした上で，問題文から重要な事実を拾い出し，きちんとした当てはめと説得力ある理由付けをした論述がなされているもの

とし、「良好」な答案は、比較的論述は薄いですが、必要な論点を指摘した上で、要点を的確にまとめてあるもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるに必要なポイントのうち、幾つかのポイントが欠けたものとした。また、「不良」の答案は、不当な取引制限に関する要件についての基本的な理解を欠き、不当な取引制限の成立要件や離脱要件に関する論点が的確に拾われておらず、問題文から得られる事実在即した論述がなされていないものとした。

第2問については、「優秀」な答案は、方策①②の関係を見極めた上で、拘束条件付取引の要件に即して、行為類型該当性及びに公正競争阻害性について検討し、市場の画定、価格維持効果の有無、正当化事由の判断などについて問題文の事実を適切かつ丁寧に抽出して、きちんとした当てはめと理由付けがされているものとし、

「良好」な答案は、比較的論述は薄いですが、必要な論点を指摘した上で、要点を的確にまとめてあるもの、「一応の水準」の答案は、「良好」な答案と評価されるに必要なポイントのうち、幾つかのポイントが欠けたものとした。また、「不良」な答案は、拘束条件付取引以外の不公正な取引方法（取引拒絶、優越的地位の濫用等）や私的独占を中心に検討するなど、論点を的確に捉えておらず、事案に即した論述がなされていないものとした。

なお、これらは、各水準に属する答案の一例であり、採点に当たっては、総合的な能力の判定にも配意しており、各水準に属する答案は、上記のものに尽きるものではない。

4 今後の出題について

今後も、独占禁止法の基礎的知識の正確な理解、当該行為が市場における競争に与える影響の洞察力、事実関係の検討能力及び論理性・説得性を求めることに変わりはないと考えられる。

5 今後の法科大学院に求めるもの

経済法の問題は、不必要に細かな知識や過度に高度な知識を要求するものではない。経済法の基本的な考え方を正確に理解し、これを多様な事例に応用できる力を身に付けているかどうかを見ようとするものである。法科大学院は、出題の意図したところを正確に理解し、引き続き、知識偏重ではなく、基本的知識を正確に習得し、それを的確に使いこなせる能力の育成に力を注いでいただくとともに、論述においては、論点主義的な記述ではなく、構成要件の意義を正確に示した上、当該行為が市場における競争にどのように影響するかを念頭に置いて、事実関係を丹念に検討し、要件に当てはめることを論理的・説得的に示すことができるように教育してほしい。

平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（知的財産法）

1 出題の趣旨、狙い等

第1問は、充電式電池を充電する機能のほかに第三者が権利を有する特許発明と同一の方法による使い捨て電池の充電機能を有している充電器を題材に、家庭内使用目的製品の製造・販売行為や国外輸出目的製品の製造・輸出行為による間接侵害の成否、及び方法の発明を実施するために特許権者から許諾を得て生産され譲渡された充電器の使用行為に対する方法の発明に関する特許権の行使の可否についての検討を通じて、間接侵害についての基本的な理解や、方法の発明と物の発明の相違や消尽論等の権利行使の限界に関する法理についての基本的な理解を問うものである。

第2問は、著作権が共有に係る音楽の著作物を題材に、共有者の同意なくこれを録音したレコードの製造・販売行為、さらにこれを善意で取得した者による販売行為の可否及び譲渡権・頒布権の国際消尽に関する問題点についての検討を通じて、著作権法上の各制度に対する基本的な理解や、制度相互間の関係についての理解を問うものである。

両問を通じ、事案分析力、基礎理解力、論理的思考力を試すことを狙いとしており、事案の問題点を慎重、的確に抽出・分析し、裁判例の考え方や学説の状況を踏まえつつも、自分の言葉を使って規範を定立した上、丁寧な当てはめを行った答案は高い評価を受けた。

2 第1問

(1) 全体

基本的事項の理解ができている答案と、そうでない答案の差が大きかった。設問1の論点は基本的なものであり、論点自体を完全に落としている答案は多くなかったが、その論証内容で大きく差が付いた。論点ごとには勉強した形跡が見られた答案であっても、全体的に論点相互間での論理矛盾がうかがわれたり、意味不明の論旨となってしまうものが多く見られた。このような中で、規範定立、当てはめの手順が適切に踏まれ、しかも論理的な考察に基づき自分の言葉で説明している答案は、高い評価を受けた。設問2、設問3についてもおおむね同様であるが、設問1に比べて問題の所在自体の把握が不十分な答案と、よく理解できている答案との差が目立った。

(2) 設問1

答案の大半は、本設問が間接侵害の成否（特許法第101条第4号、第5号、以下本問について条項を示す場合、全て特許法）を問うものであることは把握できていたが、少ないながら、直接侵害の成立を認める答案、均等論を展開する答案もあった。このような答案は、間接侵害制度についての基本的な理解が十分ではないと言わざるを得ない。また、問は、製造、販売及び輸出の各行為を対象としているのに、これに適切に答える答案は少なかった。

第101条第4号の適用の可否については、B製品を非専用品と考え、同号の適用を否定する答案が多くなるものと予測していたが、実際には、これを専用品と考えて同号の適用を肯定する答案が予想以上に多かった。もとより、理由がしっかり書けていれば、B製品を専用品と認定する結論でもよいが、「のみ」要件の該当性

を肯定する理由付けの多くが、いささか無理のある説得力に欠けるものが多かった。中には、「のみ」要件の判断基準すら示さないで論述する答案も少なからず存在した。同号の制度趣旨や、同条第5号が新設されたことなども踏まえて、「のみ」要件該当性の判断基準を示すことが重要である。また、設問1でB製品を専用品としながら、設問2ではC部品を非専用品とする答案が少なからずあったが、このような結論を採るのであれば、十分な説明が必要である。しかし、これを説得的に説明した答案は見当たらなかった。むしろ、設問1と2の差異を適切に見いだせなかったために、設問1を専用品についての問、設問2を非専用品についての問と無理に解釈して解答しようとした答案が多いのではないかという印象を持った。事案を歪めず、素直に受け止めて、答案作成に当たってほしい。

「のみ」要件を否定し、同条第4号の適用を否定した答案の中に、同条第5号の成否について検討しないまま、間接侵害を否定する答案が少なからず存在した。同条第4号の専用品に該当しないと考えたならば、同条第5号の適用について検討すべきである。このような答案については、特許法の間接侵害の規定の体系を十分に理解していないと判断せざるを得ない。

同条第5号の適用について検討している答案についても、同号の各構成要件について十分な解釈を行わなかったり、丁寧な当てはめを行っていないものが多かった。条文の構成要件の解釈と事実への当てはめは実務の基本である。これらを丁寧に行うことで発見される問題点も多いので、おろそかにしないでほしい。また、同号の適用に当たって、単に特許が公開されていることのみを理由として特許発明の実施についてのBの悪意を肯定するものが少なからず存在した。特許が公開されているというだけでは、特許発明の存在や特許発明の実施について悪意が肯定されることにはならないので注意されたい。

なお、同条第4号の適用を認めて間接侵害の成立を肯定して論述を終えるものが多かったが、B製品の複数機能の存在に鑑みれば、同号の適用が可能と判断された場合でも、更に同条第5号の該当性を慎重に検討する答案の方が好印象である。

直接侵害が成立しない場合の間接侵害の成否という基本的な論点については、多くの答案で触れられていたが、B製品が家庭内での使用を予定した装置であることと、その一部が輸出されるものであることの2点について十分に検討した答案は少なかった。また、当該論点については、いわゆる折衷説に立つと思われる答案が多かったが、自説の規範定立や、事実関係への当てはめが不十分な答案が目立った。

B製品が家庭内での使用を予定している点につき、家庭内での方法の発明の実施が「業としての実施」に該当しないことに言及しない答案が散見された。また、折衷説に立ちながら、家庭内での実施が侵害行為に当たらないとされている理由をしっかりと述べることができず、十分な理解が伴っていないと思われる答案が少なからず存在した。

外国仕様のB製品につき、条文上、「輸出」が間接侵害の実施行為として規定されていないことに気付かない答案が多かった。条文をしっかりと読み込むことが必要である。また、輸出が間接侵害に当たらず差止請求できないことは述べているものの、B製品の「製造」への差止請求の可否について触れていない答案も多かった。なお、外国仕様のB製品の製造により間接侵害が成立しないとする理由として「外国に特許権が存在しないこと」を掲げる答案が相当数存在した。しかし、本問は日

本国特許権の効力の問題であるから、外国特許権の存否は理由とはならない。

(3) 設問 2

C製品が「方法の発明の間接侵害品を生産するための物」であること、すなわち「間接の間接侵害」が問題になっていることに気付かず、漫然と間接侵害規定の成否（同条第4号、第5号）を論じた答案が多かった。この点に関しては、「その物自体を利用して特許発明に係る方法を実施することが可能である物」である必要があり、「そのような物の生産に用いられる物」は含まないとする知財高裁平成17年9月30日の特別部判決を念頭に置きつつ、自説を展開できるのが理想的ではあるが、この判決を知らなくとも、「方法の使用（にのみ／に）用いる物」という構成要件の意味を理解し、丁寧に適用しようとすれば、問題点の認識に至ることができるはずである。

C部品の製造・販売に間接侵害が成立しないと解した場合でも、Bの間接侵害行為へのCの幫助行為に対する差止めの可否が問題となる余地もあるが、この点について言及した答案はほとんどなかった。

また、本設問は、「AはCに対し、どのような請求ができるか」を問うものであるから、差止請求の可否のみならず、損害賠償等の他の請求の可否についても検討すべきであるが、全く言及しない答案も多かった。損害賠償請求権の成否を検討するに当たって、本設問では、Bが間接侵害の主観的要件を備えているか否か、いつから備えるかについて問題文では触れていないため、Bについて同条第5号の規定の適用のみを認める立場からは、Bの主観的要件が備えられていない期間におけるCの行為についても損害賠償を請求できるかについて論じる余地もあったと思われるが、そのような問題点に言及した答案はほとんどなかった。また、特に、Cによる間接侵害の成立を否定する場合でも、共同不法行為に基づく損害賠償請求の可否は問題になり得るが、これに全く言及しない答案も多かった。

(4) 設問 3

本設問では、方法の発明に関する特許権についての消尽の成否やその要件論について論述することが求められていたが、そもそも消尽が問題となっていることに気付かない答案も散見された。また、消尽論を論じている答案も、物の発明に関する消尽論をそのまま論じ、B製品にも問題なく適用できるような論述を行うものが多かった。発明に係る物の流通が想定されない単純方法の発明について消尽論が適用できるか否か、できるとすればどのような要件の下で認めるべきかについて、物の発明と方法の発明の区別を念頭において論じて欲しかったが、両者の違いすら理解していない答案が多い印象を受けた。

本設問では、AはBに対してB製品の製造を、家庭内で使用される製品に限るという条件で許諾したという契約上の制限が課されているため、この点を差止請求の可否を考えるに当たってどのように考慮すべきかが問題となるが、方法の発明の特許権について消尽論の適用を肯定する答案のうち、消尽論が認められる根拠（円滑な流通の確保や二重利得の防止など）に触れ、「家庭内使用に限る」との明示の表記を理由として、結論として消尽を否定する答案が多かった。しかし、客観的定型的に判断されるべき消尽論に関して、実施許諾の範囲や物への表示といった、権利者の選択可能な事項のいかんによってその適用を否定することの妥当性については慎重な検討がなされるべきであるが、そのような検討がなされた答案はほとんどな

かった。

3 第2問

(1) 全体

著作権侵害の成否が問題となる事例では、侵害が問題となる支分権を的確に捉えることが必要であるが、問題となる支分権が何であるかを明記せずに著作権侵害を論じている答案が少なからずあった。

形式面について、設問1及び2は、「Bは、……どのような主張をすべきかについて、……述べよ」というものであるのに、その設問形式に従わず、単にBの請求の成否について漫然と自説を論じ、問に答えていない印象を与える答案が多かった。

また、第2問については、第1問に比して時間不足による一部白紙の答案、論証不足の答案が散見された。設問ごとに配点されているのは明らかであり、前半部分がそれなりに書けていても、後半部分が白紙に近ければ、実力に見合った点数が付かない。限られた時間を適切に配分して、答案を作成すべきである。

(2) 設問1

(1) 欄でも述べたが、問が「どのような主張をすべきかについて、……述べよ」という問であるのに、その設問形式に従わず、単にBの請求の成否について漫然と自説を論じ、問に答えていない印象を与える答案が多かった。

共同著作物の各著作権者が侵害に対する差止めを単独で請求できることは明文で規定されている（著作権法第117条第1項、以下本問について条項を示す場合、特に断りがなければ、全て著作権法）が、Bが単独で請求できることについて、この規定に触れず、保存行為であることを理由とする答案が目立った。

著作権侵害の成否が問題となる事例では、侵害が問題となる支分権を的確に捉えることが必要である。ところが、問題となる支分権が何であるかを明記せずに、例えば、「著作権の侵害」とのみ述べて権利侵害を論じている答案が少なからずあった。また、本問では問題となり得ないと思われる原盤権のような著作隣接権を掲げて、その侵害の成否を論じる答案も若干数あった。

Bに対する関係でCの販売行為は、譲渡権侵害又は第113条第1項第2号（侵害物知情頒布）に該当する可能性があるが、後者に言及する答案は少なかった。

第65条第3項の「正当な理由」の有無という論点について、触れられていない答案が少なからずあった。また、この論点に触れていた答案でも、「人間関係のもつれ」だけで、簡単に「正当な理由」を肯定してしまう答案が少なくなかったが、「人間関係のもつれ」だけでは、「正当な理由」はむしろ否定される場合が多いと思われるので、「正当な理由」ありと主張するためには何らかの合理的な理由を追加することを考えるべきである。

一方、Bの更新拒絶に「正当な理由」がないとの結論に至った答案の中には、そこから当然にBの請求は認められないと結論付けた答案が多かった。「正当な理由」がないことがBの差止請求に対する抗弁として成り立つか、すなわち、意思表示を命じる判決（民事執行法第174条）なしに、当然に同意があったものと扱ってよいかどうかという論点に気付いた答案は少なかった。

(3) 設問2

設問1同様、設問形式に従わず、単にBの請求の成否について自説を論じる答案

が多かった。

また、設問1同様、Fの反論として、Bの同意拒絶に「正当な理由」がないという主張を挙げる必要があるが、この点に言及していない答案が多かった。なお、Bの許諾のないCレコードの販売について、Cレコードが適法に譲渡された物ではないことを前提としながら、譲渡権の消尽規定の適用を論じる答案が少なからず存在したが、そのような物について消尽規定を適用できるという積極的な理由を述べた答案はなかった。

本設問では、FがCレコード購入時に、AからCへの許諾についてBの同意がないという事情を知らなかったことから、第113条の2（善意者の譲渡の特則）の適用を検討する必要があるが、さらに、Fが頒布時には事情を知っていたことから、第113条第1項第2号（侵害物知情頒布）が適用されるかどうかを検討する必要があるが、いずれの規定にも気付かなかった答案が少なからずあり、触れていたとしても、そのいずれか一方だけを論じるにとどまる答案が多かった。まして、両者の関係について言及する答案は少なかった。条文全体の理解を深める必要がある。

(4) 設問3

Gの行為は、Dレコードの販売行為については譲渡権侵害の成否が、輸入については第113条第1項第1号（侵害物国内頒布目的輸入）の成否が問題となるが、後者に言及する答案は非常に少なかった。他方、同号に基づいてみなし侵害の成否に言及する答案でも、「輸入の時に国内で作成したとしたならば・・・侵害となるべき行為」という要件に関し、国内の権利者と同一人ではない輸出国の権利者が当該国で適法に作成した複製物についても、単に国内の権利者が許諾していないことを理由として同要件該当性を認め、みなし侵害の成立を認めるものが多かった。しかし、同号は、違法複製物（いわゆる海賊版）の輸入をみなし侵害とする趣旨の規定であって、上記のような解釈を採るには説得的な理由付けが必要である。

本設問では、譲渡権の国際消尽が問題となるが、問題意識を持ちながらも、明文の規定（第26条の2第2項第5号）に言及せず、国際消尽の一般論を展開する答案が目立った。また、X国の権利者はDであり、我が国の権利者はAであることから、権利者が異なっても譲渡権が国際消尽するかが問題となるが、この点に気付く、同号が我が国の譲渡権者と外国における譲渡権に相当する権利を有する者が同一人であることを要件としていないことを述べる答案はほとんどなかった。

なお、第113条第5項（国外頒布目的商業用レコードの輸入行為の禁止）に言及し、適用を肯定する答案が目立ったが、本設問では、AとBは、X国における著作権をDに譲渡しており、権利者が同一でない。このような場合に同項の「自ら発行し、又は他の者に発行させている」との要件を充たすと解すべきか、問題意識を持って吟味した答案はほとんどなかった。

(5) 設問4

Hの行為は、輸入については第113条第1項第1号（侵害物国内頒布目的輸入）、販売については頒布権が問題となるが、前者に気付かない答案が多かった。後者の頒布権についても、映画の著作物において複製されている音楽の著作権者に映画の著作権者と同様の頒布権が与えられること（第26条第2項）に気付かず、譲渡権の問題として論じた答案が多かった。また、E映画をα楽曲の二次的著作物であるとしてこれを第61条第2項の翻案権の特掲の問題として論じる答案も少なから

ずあった。しかし、創作的行為があるという事実は設問から読み取れないので、翻案権を問題とするのは適切ではないと思われる。

また、本設問では頒布権の国際消尽の可否が問題となるが、頒布権に気付いていないためか、譲渡権の国際消尽を論じた答案が多かった。

4 答案の評価について

冒頭述べたように、両問を通じ、事案分析力、基礎理解力、論理的思考力を試すことを狙いとするものであり、評価の視点については、おおむね次のような基準を示すことができるであろう。

すなわち、事実関係を十分に把握・分析し、問題となり得る事項を的確に抽出した上、関連する判例・学説を正確に踏まえつつ、必要な法令につき適切な解釈を行って要件等の定立を行い、事案に当てはめてバランスのよい結論に至っている答案は「優秀」、事実関係につき、主要な論点との関係で必要となる部分についてはきちんと分析し、問題となり得る事項を抽出した上、関連する判例・学説への考慮を示しつつ、必要な法令について合理的な解釈をして要件等の定立を行い、事案に当てはめて合理的なそれなりの結論に至っている答案は「良好」、かかるレベルには達していないが、事実関係の分析や問題点の抽出が不十分ながらも示され、判例・学説への一定の配意をしつつ、関係する法令についての解釈を交えて結論に至ろうとする姿勢が見られる答案は「一応の水準」、これに至らないレベルのもの、例えば、事実関係の分析が不足しており、あるいは問題文に示された内容をはるかに超えて牽強付会的な決め付けをするなどし、当然触れるべき基本的な判例・学説に触れることもなく、法例解釈等において筋道が通っていないような答案は「不良」である。

5 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特にない。今後も、特許法及び著作権法を中心として、事案分析力、基礎理解力、論理的思考力を試す出題を継続することとしたい。

6 今後の法科大学院教育に求めるもの

本年の採点で感じたことは、第1問の設問1、設問2について、一方で設問1を特許法第101条第4号の、他方で設問2を同条第5号の問題と決め付け、それぞれの論証を滔々^{とうとう}と行う答案が少なくなかったことである。

それは、設問2についての問題の所在を把握できないまま、事案を素直に捉えずに、設問1が同条第4号に係る出題、設問2が同条第5号に係る出題と解したことに原因があるのではないかと思われる。しかし、直ちに専用品と認めるには問題があるB製品やC部品について、受験者が、何の疑問も持たず、あるいは事案に沿った論証もしないままに、先入観を持って適用条文を決めたのだとすれば、実務法曹に不可欠な予断なく事案に取り組む能力、問題点に正面から取り組んで妥当な解決を目指す能力に欠けると言われてもやむを得ない。

もとより、B製品を専用品と認めるとの結論自体は不正解というわけではなく、その問題点を指摘した上で、理由がしっかり書けていれば、同条第4号の適用を認める答案について高い評価を与えることができたが、大半の答案は、事案に正面から取り組むのを避け、専ら書きやすさを優先した答案構成を行っているのではないかと印象

を受けた。しかも、その多くの答案の論証内容も非常に似通っており、かつ定型的な言い回しに終始している印象を受けた。

そのような皮相な答案は一見もっともらしい論述に見えなくもないが、自分の頭で考えて、読む者を説得しようという意欲の下でなされた論述に比して説得力に欠けた答案になっていると言わざるを得ない。

事例式問題は、一つ一つの切り口が異なることから、あらかじめ用意した答案例等に頼ることなく、与えられた複雑な事案を解きほぐし、真の理解に基づく正確な知識を前提に、自分の頭と言葉で相手を説得する意欲を感じられる答案が望ましい。

このようなことに照らし、法科大学院においては、記憶よりも理解を重視した教育を、そして複雑困難な事案を恣意的に簡易化するのではなく、正面から構成要素を抽出できる事案分析力を重視した教育を、さらに常に自分の頭で考えこれを他人に伝えて説得する能力を付けることを重視した教育をお願いしたいところである。

平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（労働法）

1 出題の趣旨，狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

事例に即して必要な論点を的確に抽出できているか，関係する法令，判例及び学説を正確に理解し，これを踏まえて，論理的かつ整合性のある法律構成及び事実の当てはめによって，適切な結論を導き出しているかを基準に採点した。

出題の趣旨に沿って，必要な論点を的確に取り上げた上，その論述が期待される水準に達している答案については，おおむね平均以上の得点を与え，さらに，当てはめにおいて必要な事実を過不足なく摘示し，あるいは，主要論点について，着目すべき問題点を事例から適切に読み取って検討しているなど，優れた事例分析や考察が認められる答案については，更に高い得点を与えることとした。

なお，答案の中には，極めて小さな文字で書かれてあるものや，殴り書きのため文字の判読が困難なものなどが散見された。文字いかんが得点そのものを左右するわけではないものの，読みやすい文字で丁寧に答案を作成されんことを付言しておきたい。

3 採点実感等

(1) 第1問について

本問は，設問前半において，年次有給休暇に対する時季変更権の行使を中心論点として，懲戒処分及び10日相当分の賃金控除の有効性を問ひ，設問後半において，賞与支給要件の出勤率算定と賞与額算定における欠勤扱いの当否を中心論点として，賞与全額不支給の有効性を問う問題である。設問前半については，全体的に良好な論述がなされている答案が多かったが，設問後半については，基礎的な理解が不十分と思われる答案が少なくなかった。

また，本問の解答に当たっては，それぞれの論点ごとに相応の分量の記載が必要であると思われたが，全体として，時季変更権行使の有効性に答案用紙の大半を割き，その他の論点に関する記載が量的にも足りないものが多いとの印象を受けた。例えば，懲戒処分の根拠等について，長々と論じているような答案がこれに当たるが，解答に当たっては，十分な答案構成を行い，各論点の比重に応じたバランスの取れた記述を心掛けられたい。

設問前半については，時事通信社事件判決（最判平成4年6月23日）等の判例を踏まえ，適切な規範定立及び当てはめができているかなどを重視したが，前記のとおり，全体的には良好な論述がなされている答案が多かったものの，年次有給休暇権の法的性質，時季指定権と時季変更権の関係及び時季変更権行使の有効性という各論点相互の関連性を論理的に論述できておらず，個々の論点につき自己が暗記した内容を機械的に並べただけのような答案が少なからず存在したことが残念であった。また，労働者の「時季指定権」と使用者の「時季変更権」との区別等の基本的な概念を正確に理解していないものも散見された。

本問は，労働者による長期連続の年次有給休暇の時季指定が問われている事例であったにもかかわらず，これに言及していない答案が少なくなく，また，言及して

いても、自己の定立した規範に対応する事実を当てはめて指摘できていない答案も散見された。労働者が長期連続の年次有給休暇の時季指定をした場合には、使用者との事前の調整が必要であるとし、そのような調整を経ない時季指定に関しては、時季変更権の行使において使用者にある程度の裁量的判断の余地を認めざるを得ない点を指摘するとともに、当てはめにおいて、本問でXがY社との間で何らの事前の調整を行わなかったことなどの事実を過不足なく摘示した答案には高い得点を与えた。一方で、代替勤務者の配置が困難であることやY社がXの年次有給休暇取得に一定の譲歩をしていることなどの重要な事実を摘示できていないものも散見された。

本問においては、時季変更権の行使を有効とする見解に立つとしても、無効とする見解に立つとしても、問題文にはそれぞれの見解にとって不利な事実が記載されているため、かかる事実配慮した論述が望まれたが、専ら自己に有利な事実のみを羅列し、不利な事実は何ら言及しない答案も少なからず存在した。

設問後半については、この論点についての基礎的な理解が不十分と思われる答案が少なくなく、問題文中のY社の就業規則の内容を正確に把握できていないものも多く見受けられた。そもそも賞与支給要件としての出勤率の問題と、賞与額の算定における欠勤日数の計算の問題とを区別して論ずるべきであるのに、これらを区別できずに混同している答案が予想以上に多かった。

賞与支給要件としての出勤率の算定につき、育児休業日数を欠勤扱いとしてよいのかについては、多数の答案が論じていたが、この点に関して、育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律第10条を摘示できていないものも少なからずあった上、その私法的効力に言及しつつ、本問のいわゆる90%条項が育児休業の権利を法律が保障した趣旨を実質的に失わせるものと認められるかを丁寧に論じていた答案は少数にとどまった。

賞与額の算定における欠勤日数の計算については、問題文に「賞与額の算定においては、年次有給休暇も含め、全ての取得休暇日を欠勤日数に算入するものと規定されている。」とあることから、育児休業の欠勤日数算入の可否と年次有給休暇の欠勤日数算入の可否とを分けて論ずる必要があったが、後者に言及していない答案が多かった。なお、後者に言及していた答案のうち、労働基準法附則第136条を摘示して、その私法的効力に言及しつつ、説得的に論じていた答案には、高い得点を与えた。

本問では、設問が指示するように、賞与額の算定において欠勤日数を何日として計算すべきかと、その根拠を説明する必要があるところ、具体的な日数を示していない答案も少数ながら存在した。しかし、そもそも問題文の指示に従わない解答は明らかに失当と言わざるを得ない。また、具体的な日数を示していたとしても、その根拠に十分言及できていない答案が相当数あった。

(2) 第2問について

ア 設問1について

設問1では、①ビラ配布を理由とするBの降格人事が不利益取扱いなし支配介入に該当するか、②Y社の対応が団体交渉拒否に該当するか、③Y社の総務部長CがX組合員の脱退を勧奨した点及びビラを回収し破棄した点が支配介入に該当するかを検討する必要がある。

前記①の論点については、おおむね期待されている水準に達している答案が相当数見られる反面、この論点に全く触れていない答案も相当数見られた。また、解答の前提となるビラ配布の組合活動としての正当性については、倉田学園事件判決（最判平成6年12月20日）等の判例を踏まえ、ビラの内容、ビラ配布の態様等に照らして職場規律を乱すおそれのない特別な事情の有無の観点から規範定立を行うか、あるいは、国鉄札幌運転区事件判決（最判昭和54年10月30日）等の判例を踏まえ、企業施設利用の組合活動の正当性判断の問題として違法性阻却説等の立場から規範定立を行うことを想定していたところ、このような規範の定立を行う答案が比較的多数であったが、規範の定立を行わず、いきなり事実の摘示や評価を行う答案も散見された。また、当てはめでは、ビラの内容が比較的穏当なものであること、始業時刻前に、組合員に対してのみ、印刷面を下にして机の上に置くという平和的な配布態様であることを摘示すべきであったが、これらの事情を十分に論じていない答案も相当数あった。さらに、Bの降格人事については、不利益取扱いなし支配介入に該当し得るが、両者の主観的要件の相違を十分理解できていない答案が散見された。

前記②の論点については、おおむね期待されている水準に達している答案が多く、特に、誠実交渉義務の問題については、おおむね出題の趣旨を理解した良好な論述がなされている答案が多かった。反面、Y社が「既に提出した資料をきちんと分析すれば当方の説明の合理性は明白だ。説明しようにも根拠は資料のとおりだと言うほかない。」と述べるなどした点が誠実交渉義務違反となるかが問われているにもかかわらず、この点に言及せず、要求された資料を迅速に提出したこと及び合計3回にわたる団体交渉開催要請に応じたことのみをもって当該義務違反の有無を論じている答案が少なからずあった。また、義務的団交事項の問題については、その範囲に対する規範定立が不十分な答案や降格人事の撤回及びベース・アップ要求の当てはめが不十分な答案が散見された。

前記③の論点のうち、脱退の勧奨については、検討が必要な論点について言及できている答案が多数であったが、脱退勧奨が「介入」に該当することは比較的明白であるにもかかわらず、この点に関する記述の分量が多すぎると思われる答案も見られた。また、総務部長Cの行為のY社への帰責性を論じるに当たり、JR東海事件判決（最判平成18年12月8日）を踏まえ、多数の答案が、Cが使用者の「意を体して」いたかとの規範を定立できていたものの、一方で、単にCが使用者に該当するとした答案が相当数あり、また、当てはめに必要な事実を十分抽出できていない答案も見られた。なお、ビラの回収・破棄行為に関し、多数の答案がビラ配布の組合活動としての正当性に触れていたが、更に一步踏み込んで、ビラの回収・破棄行為自体の相当性を自力救済の可否に言及しつつ検討していた答案には高い得点を与えた。

さらに、設問1では、X組合として採り得る措置を論じる必要があったが、労働委員会によるポスト・ノーティスや、裁判所による団体交渉を求める法的地位の確認等の具体的救済内容に言及する答案が比較的多数であったものの、これら救済内容に言及せずに、抽象的な論述にとどまっていた答案が相当数あった。また、労働組合の救済申立適格及び原告適格に配慮した記述がなされていない答案が少なくなかった。

イ 設問2について

解答時間が切迫していたからか、検討が不十分と思われる答案が相当数存在した。特に、Y社が情宣活動の差止請求をなし得るとしながらその法的根拠の構成や被侵害利益に言及していないもの、地位保全の仮処分をなし得るとしながら被保全権利に言及していないものも少なくなかった。また、採り得る法的措置として、懲戒処分やロックアウト等を掲げる答案が予想外に多かった。

4 答案の評価

「優秀」の水準にあると認められる答案とは、出題の趣旨を十分に理解した論述がなされている答案である。第1問については、前半において、各論点相互の関連性を論理的に論述しつつ、時季変更権行使の有効性に関し、本問が労働者が長期連続の年次有給休暇の時季指定を行った事案であることを意識し、判例を踏まえて、的確な規範定立と当てはめを行っており、後半において、事案に即して、必要な論点を過不足なく抽出し、関係条文に言及しつつ論述を行い、賞与額の算定における欠勤日数とその論拠を説得的に述べている答案であり、第2問については、不当労働行為の成立要件を正確に理解し、その該当性につき、必要な論点を抽出し、組合活動としての正当性等につき判例を踏まえた説得的な論述を行うとともに、労働組合及び使用者として採り得る法的措置につき、具体的かつ詳細な論述ができている答案である。

「良好」の水準に達していると認められる答案とは、必要な論点にはおおむね言及し、法解釈について一定の見解を示した上で、事例から、結論を導き出すのに必要な具体的事実を抽出できているものの、例えば、第1問では、賞与額の算定における欠勤日数の計算において、育児休業と年次有給休暇の違いを十分意識できていなかったり、第2問では、労働組合及び使用者として採り得る法的措置につき、具体的な論述ができていないなど、「優秀」の水準にあると認められる答案のように出題の趣旨を十分に捉えきれていないような答案である。

「一応の水準」に達していると認められる答案とは、労働法の基本的な論点に対する一定の理解はあるものの、必要な論点に言及していなかったり、言及していたとしても、規範定立や当てはめがやや不十分な答案であり、関係条文・判例に対する知識の正確性に難があり、事例における具体的な事実関係を前提に要証事実を的確に捉えることができているような答案である。

「不良」の水準にとどまるものと認められる答案とは、関係条文・判例に対する知識に乏しく、労働法の基本的な考え方を理解せず、解釈論につき、自己が暗記した内容を断片的に並べることに終始したり、規範を定立せずに単に問題文中の具体的な事実を列挙するにとどまるなど、具体的事実に対応して法的見解を展開するというトレーニングを経ておらず、基本的な理解・能力が欠如していると思料される答案である。

5 今後の出題

出題方針について変更すべき点は特になく考える。今後も、法令、判例及び学説に関する正確な理解に基づき、事例を的確に分析し、必要な論点を抽出して、自己の法的見解を展開し、これを事実当てはめることによって、妥当な結論を導くという、法律実務家に求められる基本的な能力及び素養を試す出題を継続することとしたい。

6 今後の法科大学院教育に求めるもの

基本的な法令、判例及び学説については、正確な理解に基づき、かつ、網羅的に知識を習得するように更なる指導をお願いしたい。その際、条文の内容を正確に理解することはもとより、当該規定の趣旨を踏まえて事案に適用する能力が求められるほか、主要な判例については、判例が着目した事実関係及び結論を導くために展開された法律構成や基準ないし要件の内容等を遺漏なく、正確に理解する必要があることに十分配意いただきたい。また、事例の分析の前提となる就業規則の内容等の基礎的事実を正しく把握し、結論を導くために必要な論点を抽出した上、論点相互の関連性を意識しつつ、法令、判例及び学説を踏まえた論理的かつ一貫性のある解釈論を展開し、これに適切に事実の当てはめを行って、法の趣旨に沿った妥当な結論を導くという、法的思考力を更に養成するよう重ねてお願いしたい。

【第1問について】

1 出題の意図に即した答案の存否，多寡

第1問は，大気汚染防止法の下での規制に関する法政策についての出題である。重要な手法である協定の法的性質及び限界についての理解を問い（設問1），添付資料の解説を通じて直罰制の導入について説明し（設問2），同じく添付資料の解説を通じて測定記録データ改ざん事件に対応してなされた同法2010年改正の意義を説明すること，及び，それを設例に当てはめて，同法の刑罰規定の適用関係について説明すること（設問3）が求められた問題であった。

設問1の採点を通じては，以下の点が実感された。協定の法的性質に関する議論として紳士協定説と契約説があることについては，多くの答案において指摘されていた。しかし，契約説を基本とするとした上で，本件協定の条文の内容であれば法的拘束力を有する契約として評価できるとまで記述していた答案は，意外に少なかった。契約と評価できるとはしつつも，抽象論に終始し，問題文に引用された条項の文言を吟味しない答案が，意外に多かった。「2割」という個別具体的厳格化が過大なものでなく協定は合理的であるという点に言及した答案も，意外に少なかった。協定による法的義務の創出はできないという主張に対する反論として，事業者の任意の合意によることが明記されていた答案は，意外に少なかった。行政が一方当事者であるからではなく，あくまでも追加的受忍を個別に引き受ける事業者の任意の意思表示があってこそその契約である点が重要である。事業者に法的影響を与える効果を持つ行政の権限行使は大気汚染防止法が独占しているという主張は，産業廃棄物処理施設に関する協定をめぐる最判平成21年7月10日判時2058号53頁における議論を参考にしてはいるが，この判例に言及する（あるいは，それを理解していると推察される）答案が少なかったのは意外であった。なお，判例に関しては，条例上の義務の民事執行を否定した最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁を引用して，本件との違いを論ずるものがあつたが，これは加対象とした。

設問2の採点を通じては，以下の点が実感された。「新たな法政策」が直罰制を意味することは，ほとんどの答案で指摘されていた。ただ，それを命令前置制度と比較しつつ，その問題点を必要かつ十分に指摘した答案は，それほど多くはなかった。単に「実効的にするため」というような抽象的記述にとどまり，どのような意味で実効性が確保されるのかにまで踏み込んで解答されていなかった。直罰制の採用は予防的アプローチに基づくものと述べる答案が散見された。未然防止的アプローチとの混同があるようである。

設問3の採点を通じては，以下の点が実感された。小問1に関しては，関係法文の比較から，現行法においては，虚偽記録が刑罰の対象になったことは，多くの答案において指摘できていた。虚偽記録が刑罰の対象となっていなかった理由として，「事業者性善説」を指摘した答案は一定数あつたが，それは排出基準違反が直罰になっていることに根本的理由があるとまで記述できていた答案はそれほど多くなかった。また，大気汚染防止法の排出基準直罰規定の執行の困難さ（捜査リソースの制約に加えて，とりわけ大気汚染防止法の場合，違反状態の確認を排出口において行うことの技術的困難さ）を指摘できた答案はほとんどなかった。

小問2に関しては、排出基準違反罪及び虚偽記録罪については、それぞれ犯罪の成立時期に違いがあるにもかかわらず、この点を指摘していない答案が相当数あった。改正法施行日が問題文に掲げられていることの意味を見落としているのであり、慎重さの足りなさが気になった。排出基準違反罪についても、成立時期について触れていない答案が相当数あった。特に日付が記されているのは、それに何らかの意味があるからである。排出基準違反罪及び虚偽記載罪の一方のみを解答する答案が相当数あったのは、意外であった。問われているのはC社の刑事責任であるから両罰規定に触れるべきところ、それがされていない答案が相当数に及んだ。また、「C社に対して懲役刑を科す」という趣旨の答案さえ見られた。全体的に、両罰規定の理解が十分にされていない印象を持った。これは、刑法総論の知識ではあるが、環境法においても刑罰規定は重要であり、環境法学習の中での的確な整理が求められる。

第1問は、全体として難解だったのだろうか。4枚の答案用紙のうち最後の頁を十分に使用していない受験生が相当数いたことは驚きであった。また、条文の的確な摘示がされていない答案が少なからずあった点も残念であった。

2 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

全体的に、論点に関する知識を表現することに重点が置かれ、設問に含まれている事実への当てはめが不十分な答案が多かったのは、日頃の環境法学習において、そうした訓練がされていないからではないか。問題文に記されている事実については、解答に必要なものがほとんどである。環境法の総論や各論についての知識を「使える」ようにする訓練に欠けるところがあるのではないと思われる。

3 各水準の答案のイメージ

「優秀」といえる答案のイメージは、設問が問うている環境法政策上の論点についての理解を正確に提示し、それを設例に的確に当てはめることができているものである。設例文及び【資料】に含まれる内容を適切に答案に表記しているものは、高く評価した。「良好」といえる答案は、その程度がやや劣るものである。「一応の水準」といえるのは、各設問において問われている問題点が何とか把握されている答案である。「不良」な答案とは、それすらなし得ていないものである。

【第2問について】

1 出題の意図に即した答案の存否、多寡

景観利益と騒音による通常的人格的利益のそれぞれの侵害について、損害賠償を請求する場合に、どのような問題点があるかについての理解を問う出題である。

設問1の採点に当たっては、以下のような点が実感された。

小問1については、正解率は高かったが、国家賠償法第1条第1項に基づく請求としながら、被告をA県知事としているものが少数見られた。また、国家賠償法と不法行為法の適用関係について理解していないのではないと思われる答案が若干見受けられたことは意外であった。この点は小問2についても同様である。基本的な点であるので理解しておいてほしい。小問2については、第1に、被侵害利益を景観利益であると指摘した解答は多く、最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁（国立景観訴訟最高裁判決）との関係について論じたものも多数に上ったが、景観権、環

境権を被侵害利益とする答案において、上記判例との関係について全く論じないものもあり、残念であった。判例に対して批判的な立場を採る場合であっても、判例の立場を理解し、その上でどこに問題点があるかを指摘する態度が望まれる。なお、上記判例は景観利益を主張できる者を「良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者」に限定しており、本問で対岸のC町に居住するXが「良好な景観に近接する地域内」に居住しているかどうかは一個の問題であるが、この点について、X及び被告の立場で検討している答案は少数ながらあり、評価できるものであった。また、本件では景観利益ではなく眺望利益が問題となっているとする答案もごく少数見られたが、そのような議論もあり得る。なお、被侵害利益としての景観利益について、違法性要件の考慮要素として書くか、損害の要件の中で書くか、独立した「法律上保護された利益」侵害の要件として書くかはいずれでも構わないとしたが、どれにするかは記述しなければならない。この位置付けが明確でない答案も少数ながら見られた。第2に、侵害行為を、A県知事による処分とするかA県による埋立工事とするかはいずれもあり得るが、当該行為が景観利益を違法に侵害するといえるかについて、何の前提もなくA県知事の埋立免許付与処分の法令適合性のみを論じたものが数多くあったことは残念であった。これらの解答についても内容に応じて評価した。上記判例は、景観利益という新しい法的利益に関して、違法性について相關関係説に類似した考え方を採用しつつ、行政法規の規制との関係などを重視したものであるが、この判例の趣旨を理解した上で、これを支持するのか批判するのかの態度を明らかにしつつ解答することが望ましい。第3に、侵害行為が「行政法規の規制に違反する」ものであるかを検討する場合、公有水面埋立法第4条第1項第2号、第3号の判断に当たって、瀬戸内海環境保全特別措置法第13条第1項が「配慮しなければならない」、瀬戸内海環境保全に関するA県計画が「保全するよう努めるものとする」としていることがどのような意味を持つか、さらに代替案を採用しなかったことが「行政法規の規制に違反する」といえるかが、Xと被告それぞれの立場で論じられなければならない。この点は、比較的良くできていたと思われる。代替案について環境影響評価法との関係を記述した答案も少数見られたが、一定の配慮をした。もっとも、環境影響評価法の議論に集中してしまい、本問が挙げている公有水面埋立法、瀬戸内海環境保全特別措置法、瀬戸内海環境保全に関するA県計画との関係についてほとんど論じていない答案も少数あり、これは出題の趣旨を取り違えていることとなる。

設問2の採点に当たっては、以下のような点が実感された。

小問1に関しては、正解率は高かったが、国家賠償法第1条のみを根拠とするものも少数見られた。そのような学説もあるため、配慮はしたが、現在の判例・学説の立場についても触れることが期待される。なお、損害賠償について解答せず、民事差止や行政訴訟についてのみ解答する答案も少数見られた。問題文に対応した解答をしなければ当然のことながら点数を与えることはできないので、注意されたい。

小問2に関しては、第1に、道路の自動車騒音について「設置又は管理の瑕疵」に該当するかどうかや、最判平成7年7月7日民集49巻7号1870頁（国道43号線訴訟最高裁判決）に基づく違法性論（受忍限度論）及びその当てはめについて、多くの答案は比較的良く論じていた。一方、違法性（受忍限度）の考慮要素を十分に挙げていない答案も、少数ながらあった。基本的な事項であり、正確に理解することが望まれる。もちろん、判例の立場を示しつつ受忍限度論に対する批判を展開すること

も十分考えられる。特に公共性については、最高裁の、考慮はするが必ずしも重視はしない立場を指摘しつつ、これを考慮すべきでないとする学説の見解を展開する答案が相当数見られたことは評価される。第2に、被侵害利益を指摘した答案は少なかった。設問1の景観利益とは異なり、騒音による生活妨害であるので、人格権、平穩生活権などを被侵害利益とすることに注目してほしい。第3に、受忍限度と環境基準との関係については、これを指摘した答案は多かったが、環境基準が「維持されることが望ましい基準」（環境基本法第16条第1項）であるところ、なぜそれが受忍限度の考慮要素となるかについて十分説明できていないものが相当数見受けられたことは残念であった。

2 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

設問1についても2についても、基本的な判例が十分に理解されていないことが原因であると思われる。特に国道43号線訴訟最高裁判決が、景観利益を含むあらゆる環境紛争の違法性判断に当然に用いられるとする答案が少数ながら見られたが、同判決は国道の騒音等の生活妨害に対する判断を示したものであり、ほかの環境紛争にその法理を用いることができるかを論じなければならない。判例の射程に関する注意がなされていないことに問題がある。判例も環境法学習の重要な対象であり、判例の位置付けについてきちんとした理解をすることが望まれる。その上で、判例を支持するか批判するか態度を示すべきである。

また、設問1において環境影響評価との関係のみに集中したり、設問2において民事差止や行政訴訟についてのみ解答するなど、問題文をきちんと読んだとは思われぬ答案も少数ながらあった。試験場で取り組むべき課題であるが、常日頃から心掛けておくことが肝要である。

3 各水準の答案のイメージ

「優秀」、「良好」といえる答案のイメージは、設問1については、景観利益などについて、その性質・内容、法律上保護される利益といえるかどうかを論じ、処分や工事の違法性について考慮すべき要素を挙げ、その中で本問の事案と国立景観訴訟最高裁判決との関係について論じているものである。設問2については、道路の営造物責任について人格権侵害などについて触れ、設置管理の瑕疵について違法性（受忍限度）の要素を指摘し、その中で本問と国道43号線訴訟最高裁判決との関係について論じ、また、受忍限度と環境基準の関係について触れるものである。これが実現できている程度により、「優秀」と「良好」は区別される。「一応の水準」といえるのは、論ずべき問題点が何とか把握できているものである。「不良」な答案は、それすらなされていないものである。

【学習者及び法科大学院教育に求めるものについて】

第1に、環境法の重要な論点についての正確な理解は、解答の大前提になるものである。設例を踏まえて、それを実際に「使える」ようにする力を、日頃の学習において身に付ける工夫が必要である。

第2に、裁判例について、ややもするとそのキーワードのみを記憶してそれを過剰拡大的に適用する傾向がある。基本的な判例について正確に認識し、その射程距離等

について周知な理解をしておくことが必要である。

第3に、当然のことであるが、問題文を正確に把握し、分析する力を養うことが必要である。

第4に、本年度の採点実感で指摘している内容の幾つかは、過年度の試験の採点実感において指摘されているものである。環境法の学習及び法科大学院における教育に当たっては、そうした資料をも踏まえて取り組むことが望まれる。

平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（国際関係法（公法系））

1 出題の趣旨等

既に公表されている出題の趣旨（「平成24年司法試験論文式試験問題出題趣旨【国際関係法（公法系）科目】」）に記載したとおりである。

2 採点方針

国際関係法（公法系）については、従来と同様に、①国際公法の基礎的な知識を習得し、かつ、設問に関係する国際公法の基本的な概念、原則・規則並びに関係する理論や国際法判例を正確に理解できているか、②各設問の内容を理解し必要な国際法上の論点に触れているか、問題の事例に対する適切な考察がなされているか、③答案の法的構成がしっかりしており、かつ論理的な文章で適切な理由付けがなされているか、といった点を重視している。

3 採点実感等

第1問

設問1については、条約法に関するウィーン条約（以下「条約法条約」という。）の留保の定義に依拠して、留保と留保に該当しない解釈宣言の差異を正確に理解している答案が多数を占めた。しかし、海洋法に関する国際連合条約（以下「海洋法条約」という。）の第309条及び第310条が留保及び宣言についてどのように定めているかについて考察していない答案も相当数あり、答案のでき具合が大きく分かれた。海洋法条約における留保禁止を踏まえて、X国の宣言が同国に対する海洋法条約の法的効力を排除又は変更することを意図したものであれば、それは同条約第310条に違反する留保に該当し無効だと指摘する答案は比較的多かった。しかし、X国の宣言が留保としても有効であるとした答案も一定数存在した。他方、X国の宣言が同条約第310条に基づき留保の効果を持たない解釈宣言である場合に、その国際法上の法的効果について論述した答案は、必ずしも多くなかった。

設問2のうちA号に対する措置について、領海には沿岸国の主権が及ぶからX国の措置は当然適法であるとだけ記述した答案が意外と多かったが、これでは不十分である。外国船舶の無害通航権及び沿岸国の法令制定・執行権に触れ、A号の行為の無害通航該当性、X国の法令執行権について論述できた答案は、約半数にとどまった。B号に対する措置についても、海洋法条約第33条第1項（a）及び（b）の規定をただ引用するだけで直ちにX国接続水域内での同国の措置は適法だとする論述が少なくなかった。他方、同条約第33条第1項（a）及び（b）の規定が通関上の法令違反の防止又は処罰につき沿岸国に接続水域内でどのような措置を採る権限を付与しているかを解釈した上で、B号の事案を分析した答案は約半数であった。さらに、海洋法条約第111条第1項第2文の解釈も含め、接続水域における沿岸国の管轄権については条約の解釈及び国家実行が分かれていることに言及した上で、X国の採った措置の合法・違法性を詳細に論じた答案も若干存在した。C号に対する措置については、第2サイガ号事件国際海洋法裁判所判決を踏まえて、X国の措置を違法とする答案が多数であったが、海洋法条約第56条、第58条第3項及び第60条第1項の解釈に踏み込み根拠を説明できていたものは、少数にとどまった。

設問3については、国内的救済原則とは何かの説明できていない答案も相当数あったが、全体としては、同原則の趣旨と内容を説明した上で、国際違法行為の結果直接国家の権利が侵害された場合には、国内的救済原則は適用されないことを指摘する答案が多数を占めた。なお、答案の中には、インターハンデル事件国際司法裁判所（ICJ）判決等にも触れて、同原則の適用いかんは国際請求が私人の被った損害を優越的基礎として提出されるか否かにあることを指摘し、Y国の請求の内容を分析して同国の請求はY国の権利自体に対する侵害を基礎とするものであったと丁寧に論じたものも、少数ではあるが存在した。

答案は個々に異なり一概に論ずることはできないが、第1問の採点結果から見て、答案の「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」のイメージを示せば以下のようである。

優秀：各設問に関係する国際法規則についての基礎知識が正確であり、事例に即して国際法上の論点につきの確な説明がなされていることがまず必要である。その上で、事例の事実をどのように整理・分析したか、関連国際法規則を当該事実に適用するといかなる法的結果が導かれるかについて、論理的かつ説得力ある（適切な国際法判例への言及を含む。）論述がなされている答案。例えば、設問1であれば、留保の定義、留保と解釈宣言の異同、留保の許容性などに関する条約法条約の基礎知識を前提として、海洋法条約が留保並びに宣言についてどのような定めを置いているかを、その解釈を含めて的確に論述できていることが必要である。その上で、X国の宣言をどのように性格付けるか、また、その場合にX国の宣言の法的効果は何かについて論理的かつ説得的な論述ができていること。設問1ないし設問3の全てについて、こうした論述ができた答案が第1問全体としての優秀答案である。

良好：例えば、設問1と設問2については優秀答案と共通する論述がなされているにもかかわらず、設問3が優秀答案の論述基準に達しなかったような答案である。また、各設問について優秀答案の論述基準の多くの要素を満たしているものの、設問に関連して触れるべき論点に一部欠落があるもの、論点としては触れながらも理由付けを含めて論述に不十分さが若干あるもの、事例への当てはめが一応なされてはいるが事実に対する検討が浅いものなど、幾つかの点において優秀答案に比べて劣る答案。例えば、設問2において、A号に対するX国の措置については海洋法条約の関連条文を適切に指摘してそれらの解釈論を展開しながら、他方B号に対するX国の措置については同条約第33条の規定につき十分な解釈論が展開できていないような、論述にある程度濃淡が認められるような答案。

一応の水準：例えば、設問1と設問2では良好な答案になっているが、設問3で論述が不十分な水準にとどまった答案である。あるいは、国際法の基礎知識が一応はあり、それに基づく事例への当てはめも基本的にはできているが、良好な答案の水準に比べて、必要な論点に触れられていない、論拠が十分説明されていない、事例への当てはめの説明が不十分であるなどの箇所が幾つかの点で認められる答案。例えば、設問2のA号に対するX国の措置について、X国はその領海に対して主権を行使できるから立法管轄権も執行管轄権も有するとのみ述べて、領海内における外国船舶の無害通航権及び沿岸国の管轄権について必要な説明を欠くような論述の欠陥が幾つかの箇所において認められる答案。

不良：設問内容や設問の趣旨が理解できていない答案。設問に関係する基本的な国際法規則について正確な基礎知識を有していないと認められる答案。結論のみを書いて根拠付けも、関連する国際法規則の説明もほとんどなされていない答案など。設問1から設問3の全てにわたってほとんど書いておらず、国際公法を習得したといえるか疑問と思われるレベルの答案も、少数ながら存在した。

第2問

設問1については、全体的によくできている答案が多かった。主権免除の意味、絶対免除主義から相対（制限）免除主義への移行とその背景、主権的行為と業務管理行為を区別する際の基準としての行為目的説と行為性質説など、主権免除の基本的知識が修養されていることが分かる答案が多かった。ただ、主権免除の根拠、歴史等基本をなす論点が丹念に論じられているものと、触れるべき論点に触れられていなかったり、十分に論じられていない答案もあった。よくできている答案は、事例への当てはめも十分になされていた。

設問2については、執行管轄権と裁判管轄権との一応の区別はほとんどの答案でできていた。しかし、よくできている答案とそうでない答案とに分かれる傾向にあった。よくできている答案は、裁判権免除と強制執行の免除との区別を明確にした上で、裁判権免除が認められない場合に強制執行の免除をいかに考えるかを論じているものが多かった。ただし、外交関係に関するウィーン条約（以下「ウィーン外交関係条約」という。）の関連規定の解釈論のみを論じた答案が多く、強制執行が、主権に与える影響という点を論ずる答案は、余り多くはなかった。この点は残念であった。強制執行の問題を、国家管轄権の一般的問題として捉える答案も散見されたが、その結果、裁判判決の強制執行の問題の本質からは、外れているものもあった。事例への当てはめという点では、よくできている答案は、本問で強制執行の対象となる財産の性質（公館の業務に使用するかどうか等）にも言及し、これを考慮して解答していた。

設問3については、十分な解答をしている答案と、そうとはいえない解答にとどまる答案とに分かれる傾向にあった。公館の不可侵の問題であることはほとんどの答案で理解されていた。十分な解答をしている答案は、本問が外交特権免除の問題であり、その背景・根拠から説き起こし、事例への当てはめも行った上で、解答していた。しかし、この種の答案は多くはなかった。他方で、ウィーン外交関係条約の条文を解答に引用し、公館とは何かを論じて結論を導く答案もしばしばあったが、不可侵の根拠を考慮しながら施設の性質、事件処理の必要性等の本問の具体的状況を検討する必要がある。

設問4については、設問1との関連で、設問1がよくできている場合には、設問4も、おおむねよくできている答案であった。主権免除を論ずるに当たり、軍隊がいかなる性質を持つかについて、論じている答案は多くはなかった。事例への当てはめの点で、本問のような状況をいかに考えるかを、十分に論じてほしかったのであるが、そのような答案は余り多くはなかったことが残念である。

全体としては、従来もそうであるが、個々の設問について、国際法上の論点を導き出し、それぞれの論点について一応の論述をするところまではおおむねできている答案が多かった。一方、設問における事実状況への当てはめという点では、事実状況を深く広く考慮した上で、認定された事実国際法規則を適用したと評価できるような

十分な論証がされた答案は余り多くなかった。

優秀：設問についての国際法の基礎知識を備えており、論理的に、論点を導き出して、それぞれの論点について論述を行っている答案。例えば、設問１で主権免除に関する論点、主権免除の意義、主権免除の範囲、主権免除の範囲を決める基準が論理的に導き出されており、それぞれについて論じた上で、事例に当てはめて、設問の事実状況について、受験者が何をどう考慮したかが十分に論じられている答案。

良好：設問についての国際法の基礎知識を備えており、一応は論点を導き出すことができている答案。けれども、論理的に論点が導き出せないでいたり、論点についての論述が十分にはなされていない答案。例えば、設問１で、主権免除の意義、主権免除の範囲とそれが変更してきた背景、主権免除の範囲を決定する基準、といったように論理的に論点が整理されていない答案。また、事例への当てはめが行われてはいるが、受験者による事実状況の考慮が十分でなかったり、論証が十分ではない答案。

一応の水準：国際法の基礎知識が一応はあるが、十分ではなく、論述において、必要な論点が幾つか欠如している答案。例えば、設問１で、主権免除の範囲とそれを決定する基準についての論点が明確にされておらず、性質で判断するとか、目的で判断するといった論述だけをしているような答案。

不良：設問の事例説明や、設問を答案に書き出し、あるいは、関連する条約の条文を長く引用して、それらに紙幅を割いてしまい、論証が不足している答案や、自らの言葉で論証が行われていない答案。例えば、設問３でウィーン外交関係条約を長く引用して、十分な説明や論証なく条約文言に設問の事例を当てはめることに終始して解答している答案。

4 法科大学院教育に求めるもの

法科大学院教育に求めるというよりも、採点して感じた答案の傾向に１，２触れておきたい。第１に、国際法に関する基礎的な知識、すなわち国際法の基本的な概念や規則・原則について、その内容を正確に理解することの重要性を改めて強調したい。知識としては覚えているが、基本的な規則・原則の趣旨及び根拠などについて十分理解できていないと思われる答案が実際には相当数ある。第２に、これと関連するが、設問に対して結論のみを書いてその理由付けをほとんどしていない答案や、論ずべき解釈上の問題や論点があるにもかかわらず、それらに触れることなく、関連する国際法規則を設問の事例に適用することのみに目を奪われている答案が意外に多かった。法科大学院の院生なら、規則の解釈にせよ、具体的事例への当てはめにせよ、根拠付けをおろそかにしない姿勢が欲しい。

5 その他

ごく少数ではあるが、判読が極めて困難な答案も見受けられた。判読困難であることが受験生の有利に働くことはあり得ないのであるから、文字及び文章は読み手の立場に立って読みやすい答案を書くように心掛けてほしい。

平成24年司法試験の採点実感等に関する意見（国際関係法（私法系））

1 出題の範囲等

本年度の国際関係法（私法系）の問題は、狭義の国際私法（抵触法）、国際民事訴訟法及び国際取引法から出題されている。各問題の出題の趣旨については、既に法務省ホームページにて公表済みである。

2 採点の方針と基準等

採点の方針は、昨年と異ならない。関連する個々の法領域の基本的な知識と理解を基にして論理的に破綻のない推論により一定の結論が導けるか。これを、採点の基本的な指針としている。設問に応じて力点こそ異なるが、①個々の法規範の趣旨を理解しているか、②複数の法規範を視野に入れながら、相互の連関を理解しているか、③これらの点の理解に基づき、設例の事実関係等から適切に問題を析出できるか、④析出された問題に対して関連する法規範を適切に適用できるかを採点の基準とした。

これら4点をおおむねクリアーしている答案が「一応の水準」に達しているといえよう。全ての設問において上記①及び②の点に関する理解を答案に反映させ、かつ、法規範を丁寧に当てはめていることが「良好」又は「優秀」答案となるための必要条件であり、さらに、よりの確かつ説得的に論じられている答案が「優秀」答案と評価される。

なお、学説が分かれている論点については、結論それ自体によって得点に差を設けることはせず、自説の論拠を十分に示しつつ、これを論理的に展開できているか否かを基準にして成績評価をした。

3 採点実感

多くの答案は、明文の規定の文言を拾いながら、これを事実関係に適用しようと試みていた。解答に直結する規定を指摘できず、その結果として大きく減点された答案は少なかった。成績評価の差異は、規定の理解の正確さや規定相互の関係についての理解の深度等に起因しているように見える。

(1) 第1問について

設問1（1）は、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第5条の解釈・適用を問うものである。本条の問題であることを指摘した後に、日本の裁判所は被後見人の住所に基づき管轄権を有すること、管轄権を有する日本の裁判所は日本法を適用する旨の説明が要求される。日本にある本人の住所が管轄原因である点を言及しない答案がかなりあった。

設問1（2）について、多くの答案は正しく通則法第35条第2項第2号の規定を適用していた。しかし、同法第35条は同法第5条といかなる関係に立つのか、同法第35条第2項第2号の規定の趣旨は何かについて言及しないものが相当数あった。

設問1（3）について、多数の答案は正しく通則法第29条の問題として性質決定し、認知に適用され得る準拠法が選択的な関係にあることを指摘していた。他方で、設問では認知者の本国法と子の本国法が一致しているにもかかわらず、同法第29条第1項後段と同条第2項後段に従い子の本国法を重ねて適用する答案が多数

あった。

設問2について、通則法第29条第3項の規定を看過している答案が少なくなかった。もっとも、選択的な関係にある連結基準がいずれも外国法を本国法として指示していることを確定している限り、この点は大きな減点対象とはしていない。答案の多くは、当該外国の国際私法規定によると日本法が指定され得ることから、通則法第41条に従った反致の可能性について言及していた。反致の可否についていかなる結論を導いていても、成績評価には影響しない。論述の展開を重要視した。この観点から、反致を認めない立場を採る答案については、死後認知を否定する結果が同法第42条の公序に反するか否かについて触れたものには加点をした。

(2) 第2問について

設問1(1)について、多数の答案は、民事訴訟法第3条の3第5号に基づき日本の裁判所の管轄権を肯定していた。同条同号にいわゆる「日本における業務」とは日本における事業の一環として行われる個別取引であるとの理解の下に、有意な事実関係を指摘する答案を期待していたが、「事業」と「業務」を混同していると見られる答案が相当数あった。なお、同法第3条の2第3項の定める一般的な管轄原因がないことの確認をしていない答案がかなりの数に上った。

設問1(2)は、国際物品売買契約に関する国際連合条約の適用範囲に関する問題である。ほぼ全ての答案が正しく当該条約第1条第1項(b)号を適用していた。関連規定の当てはめの丁寧さが評価を分けたといえよう。

設問2について、大多数の答案は通則法第11条第1項を指摘し、消費者保護のための強行規定の適用条件を設問の事実関係に当てはめていた。同条第3項の適用の問題と捉える答案も排斥されない。同条第6項を含めた同条の適用の丁寧さが評価を分けたといえよう。なお、消費者の意思表示がないときにもP法Q条の適用を肯定しようとする答案も散見されたが、そのような処理を認める場合には、(消費者契約であるにもかかわらず)通則法第11条が適用されないことの理由を十分に説明して欲しかった。

4 今後の出題について

今後も、狭義の国際私法、国際民事訴訟法及び国際取引法の各分野の基本的事項を組み合わせた事例問題を出題することになると考えられる。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

民事訴訟法第3条の2以下の規定等が施行されたのは平成24年4月1日である。それだけに、立法理由の理解は法曹となるべき者に不可欠のように思われる。通則法上の規定もまた施行からそれほど時間が経過しているわけではなく、さらに、その多くは内容的に抽象的であり、規定の趣旨が一見して明白というわけではない。立法理由や規定の趣旨が何かを正確に把握した上で、解釈論を展開できる能力を養成するようお願いしたい。