

## 平成25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

本問は、「公道」と「大学」という場所に関する2つの不許可処分をめぐる、対比的な構造をなしている。憲法上の問題となるのは、一方はデモ行進の自由の制約であり、他方は大学の教室使用の許諾をめぐる平等原則違反である。それゆえ、本問では、憲法第21条第1項、第23条、そして憲法第14条第1項が関連することになるが、いずれも全ての受験生が相当程度勉強をしていると考えられる分野であるといつてよい。

まず、問題の事案をよく読み、どのような行為が何によってどのように制約されたのかを正確に把握することが肝要である。関連する憲法上の条文の解釈、デモ行進の自由に関する重要判例、大学の自治に関する重要判例の正確な理解、かつ、それらの判例における事案と本問の事案との相違等を踏まえて判断枠組みを構築した上で、本問事案に対する具体的検討を行い、一定の説得力のある妥当な解決を導き出すことが求められている。

採点においては、条文及び判例についての正確な理解がなされ、事案に対する個別的・具体的検討がなされているか、そして、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、答案として気にかかったものを中心に述べることにする。

#### (1) 問題の読み取りの不十分さ

問題文をきちんと読めていない答案が、散見された。例えば、設問自体に「条文の漠然性及び過度の広汎性の問題は論じなくてよい。」と記載されているにもかかわらず、「平穏な生活環境を害する行為、商業活動に支障を来す行為という規定は、抽象的で広すぎるから違憲である」などと述べる答案、あるいは、拡声器の不使用・ビラの不配布・ゴミの不投棄というA側の自主規律を、B県公安委員会の付した条件と誤読した答案などが見られた。問題文の内容を正確に読み取ることは、まずもって、解答者にとって必須の能力というべきであろう。

また、Aの抗議内容をそのまま引用しつつ、デモ行進の不許可処分を内容規制であると断じる答案が相当数あった。しかし、当該不許可処分に至る状況説明は表現内容に関係のない理由を示しているのであるから、A側の主張としてであっても、内容規制と位置付けるためには、きちんとした説明が必要である。その説明なしに、Aの主観的な抗議内容をそのまま法的主張とすることには問題がある。

#### (2) 対比的構造

2つの不許可処分の対象となる主体はいずれもAであり、両処分は連続してもいる。しかし、その場所も、これに関係する規定（条例と規則）も異なっている。この対比的な構造を明確に意識している答案は少なく、平板ないし並列的に論ずる答案が多くを占めていた。

また、その場所がパブリック・フォーラム（PF）であるか否かを意識した答案はほとんど見られず、道路が伝統的なPFであることを指摘する答案は少なかった。

他方で、大学の教室はPFである、と誤って論じている答案もあった。

(3) 制約される憲法上の権利

Aらの行為が憲法上の権利として保障されることについて、条文の文言との関係に留意しないまま論じている答案が一定数見られた。憲法解釈は条文の解釈でもあることを忘れないでほしい。

デモ行進の現代的意義について丁寧に論じる答案が多く見られたのは好印象であったが、他方で、表現の自由の性質の論述では、「自己統治、自己実現を支えるから重要な人権である」という紋切り型のものが多かったことは、学習内容の問題性を示してもいる。

(4) 条例の違憲性

条例自体の違憲性を主張する場合には、条例の事前許可制と付随的規制が問題となる。付随的規制について論じた答案は、ほとんどなかった。内容規制なのか内容中立規制なのかを自分なりに論じた上で判断枠組みを検討するなど意欲的な答案も、少数ではあるが、見られた。

事前許可制に関しては、届出制に近い許可制であるか否かが問題となるが、許可制をとっていることをもって直ちに条例違憲とするなど、関連する判例等も踏まえずに極端な見解をとる答案が散見された。表現の自由は重要だから厳格審査というパターン化した答案、あるいは、「厳格審査の基準」を選択するにせよ「中間審査の基準」を選択するにせよ、それを選ぶ具体的な説明を書いていない答案やこれらの基準の正確な理解を欠く答案が多く、本問の具体的な事案における問題の所在を把握した上で判断枠組みを構築しようとする答案が少なかった。

本問では、一般論としてのデモ行進が有する意義に加えて、Aらが計画したデモ行進が「格差の是正」を訴えるものであったという具体的な事実に着目してその意義を論じることによって、審査基準の厳格度に関する選択に説得力が出てくるが、そのような答案は多くはなかった。具体的な事案を踏まえた、柔軟で説得力ある論理構成を望みたい。

また、泉佐野市民会館事件判決を前提とする答案もあったが、屋内施設（市民会館）と道路との差を意識的に踏まえていた答案は少なく、著名判決等は知りつつも、個別事例への応用を前提とした理解が不足している感を覚えた。

処分違憲の主張においては、2回目のデモ行進と3回目のデモ行進における本質的な差異をきちんと論じる必要があるところ、そこが不十分な答案も多かった。市民生活の平穏と商業活動に及ぼす弊害の防止を理由とする付随的規制が問題となるが、付随的規制であることを意識している答案は、少なかった。それらの「弊害」防止の必要性、デモ行進の重要性、さらにデモ行進の中止以外の手段による弊害の防止の可能性を十分に検討することなく、観念的、抽象的に断定する答案が少なからず見られた。実務法曹には、様々な利益をしっかりと衡量するという視点が常に求められる。

(5) 教室使用不許可処分

残念ながら、Aが教室の使用請求権を当然に有するとしている答案、学生に教室使用の権利が保障されているとする答案、一般的な表現の自由や学問の自由の規制として処理しようとする答案などが相当数あり、平等原則違反の観点から指摘できた答案は少なかった。平等原則を論じている答案でも、使用目的等の比較検討にお

いて経済学部ゼミと憲法ゼミの違いに関する個別的・具体的検討が必要不可欠であるのに、例えば、経済学は非政治的であるが憲法学は政治的側面が強いなどと、表面的な指摘に止まる答案が少なくなかった。

また、教室使用不許可処分の違法（違憲）の主張に対するB県側の反論として、いわゆる「部分社会の法理」を挙げたものがあった。「部分社会の法理」は、本問事案における反論として説得的であるとは思われない。

なお、本問における不許可処分には、学問の自由を制度的に保障するための大学の自治という定式と異なり、大学の自治と学問の自由が対立する構図が存在している。この点を論じるよう求めていたわけではないが、この問題に気づき、この点を指摘する答案が少数ながらあった。当該受験生の憲法感覚の鋭敏さを示すものとして賞賛したい。

#### (6) 原告側主張—反論—あなた自身の見解

限られた時間の中で各論点をバランス良く論じている優れた答案も少数ながらあったものの、全体としては、本問を論述するに際して当然の前提とすべき事実を厚く論証し、事案解決のために論ずべき事項について十分な論証ができていない答案、設問2の論述が極端に簡略な答案など、構成のバランスを欠く答案が一定程度見られた。時間不足ということもあったように思われるが、2つの不許可処分を対比するという出題意図や、それぞれの不許可処分について憲法論として論じるべきポイントがうまく捉え切れていないことが、そうしたバランスの悪さの根本的な要因であるように思われる。

また、原告側の主張を十分に論じていないものや原告の主張内容が極端な答案、真に対立軸となるような反論のポイントを示していない答案、原告側の主張と反論という双方の議論を受けて「あなた自身の見解」を十分に展開していない答案が少なくなく、これまでの採点実感をきちんと読んでいないのではないかと思われた。ただし、「あなた自身の見解」において、原告あるいは被告と「同じ意見」といった記述は、なくなっただけではないが、従前に比べると少なくなったこと、そしてB県側の「反論」について、従前に比べてポイントのみを簡潔に論じる答案が多くなってきていることは、喜ばしいことである。

なお、取り分け原告側の主張において「正当化」という見出しを付けて記述することは、適切ではない。原告側が行うのは、「違憲の主張」である。

#### (7) 答案の書き方等

毎年のように採点実感で指摘しているためか、判断枠組みを前提として事案を検討する際に、「当てはめ」という言葉を使用する答案は少なくなっている。他方で、「当てはめ」という言葉を使って機械的な「当てはめ」を行う答案の問題性が、際立つ。また、これも度々指摘しているが、行頭・行末を不必要に空けて書く答案は、少なくなってきたのはいるが、いまだに存在する。

字が読みにくい答案ばかりでなく、漢字の間違ひが多く見られたのは、残念なことである。緊張し、しかも時間に追われるので、字が乱雑になってしまいがちであることは十分に理解できるが、やはり丁寧な字で書くことは基本的なマナーである。受験者は、平素から、答案は読まれるために書くもの、という意識を持ってほしい。

### 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、設問の対比的構造を的確に捉えた上で、デモ行進の自由を憲法第21条第1項においてきちんと位置付け、第3回目のデモ行進の不許可処分の合憲性を争うところでは、付随的規制であることとその特性、そして設問における個別的・具体的事案に即した検討ができており、条例の違憲性、事前許可制の合憲性を争うところでは、関連する判例を踏まえつつ、判例における事案と設問との違いを踏まえた検討を行い、教室使用不許可処分に関しては、それが平等の問題であることを明確に位置付け、県立大学とその学生、経済学部のゼミと法学部憲法ゼミ、評論家と県会議員という対立軸をはっきりとさせて、両者の相違について十分に検討し、上記の検討を踏まえ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、検討すべき重要かつ必要な事項の全てに関して言及できているわけではないものの、おおよその点について、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21条第1項論と憲法第14条第1項論が述べられるとともに、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、観念的・定型的な記述に終始したりしているものである。

#### 4 今後の法科大学院教育に求めるもの

判例の射程範囲が理解できていない答案が目立った。法科大学院では、実務法曹を養成するための教育がなされているわけであるが、その一つの核をなすのは判例である。学生に教えるに当たって、判例への「近づき方」が問われているように思われる。判例の「内側」に入ろうとせず「外在的な批判」に終始することも、他方で、判例をなぞったような解説に終始することも、適切ではないであろう。判例を尊重しつつ、「地に足を付けた」検討が必要であるように思われる。判例の正確な理解、事案との関係を踏まえた当該判例の射程範囲の確認、判例における問題点を考えさせる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ますます適切に行われることを期待したい。

## 平成25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、問題文の基本的な事実関係を把握し、関係法令の趣旨・構造を正確に読み解いた上で、問いに対して的確に答えることができるか、基本的な判例等の正確な理解に基づいて、相応の言及をすることのできる応用能力を有しているか、事案を解決するに当たっての論理的な思考過程を、端的に分かりやすく整理・構成し、本件の具体的事情を踏まえた説得力のある法律論を展開することができるか、という点である。決して知識の量に重点を置くものではない。

### 3 答案に求められる水準

#### (1) 設問1

問題文及び法律事務所の会議録からC県側の主張を正確に理解した上で、B土地区画整理組合（以下「本件組合」という。）の法的性格、賦課金の新設を内容とする定款変更（以下「本件定款変更」という。）の認可（以下「本件認可」という。）の具体的な法的効果を分析し、関係法令の規定を適切に挙げながら、本件認可の処分性について、丁寧に説得的に論じているかに応じて、優秀度ないし良好度を判定した。

C県側が本件認可の処分性を否定する論拠として、内部行為論と紛争の成熟性の欠如の二つを挙げていることに言及した上で、組合員に対する賦課金の賦課に着目することにより、それぞれに対して反論の可能性のあることを理解できていれば、一応の水準の答案とした。加えて、C県側が本件組合を下級行政機関と主張する根拠を具体的に挙げるとともに、賦課金の仕組みを具体的に考察して処分性の検討につなげていれば、良好な答案と判定した。さらに、C県側が主張する組合の行政主体性の根拠を多面的に分析するとともに、条例制定行為には処分性が認められず、また、条例制定行為と本件認可とは同様の性質を有するというC県側の主張について、反論を具体的に検討することができていれば、優秀な答案と判定した。

#### (2) 設問2

本件認可の適法性について、関係法令の規定を正確に挙げ、本件の具体的事情とどれだけの的確に結び付けて論じているか、適法とする法律論及び違法とする法律論として考えられるものを示しつつ、複眼的な検討を踏まえて説得的に論じているかに応じて、優秀度ないし良好度を判定した。

事業施行に必要な経済的基礎・能力の欠如、書面議決の取扱いに関する違法性、賦課金免除の違法性のそれぞれについて、検討の前提となる関係法令の規定を正確に挙げて論じていれば、一応の水準の答案、それらについて、本件の具体的事情に即した法律論の提示がある程度できていれば、良好な答案、さらに詳細かつ説得的に論じるとともに、賦課金の算定方法が本件定款変更そのものではなく、賦課金実施要綱（以下「本件要綱」という。）によって定められているため、算定方法の違法性は本件認可の違法性をもたらさないのではないかという問題について説得的に

論じられていれば、優秀な答案と判定した。

#### 4 採点実感

以下は、考査委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

##### (1) 全体的印象

- ・ 雑に書き殴った字，極端に小さい字，極端な癖字など，判読困難な答案が相変わらず多く，中には「適法」と書いたのか「違法」と書いたのかすら分からないものもあった。例年繰り返し指摘しているところであるが，受験者が答案作成をするに当たっては，もとより読み手を意識しなければならないのであり，この点，強く改善を求めたい。
- ・ 誤字が多いもの，必要以上にひらがな・カタカナを多用しているもの，主語と述語が呼応していないもの，表現が極端な口語調であるなど稚拙なもの，冗長で言いたいことが分かりづらいものなど，文書作成能力自体に疑問を抱かざるを得ない答案が相当数見られた。
- ・ 関係法令の規定に言及する場面で，単純な文理解釈を誤っている答案や，条文の引用が不正確な答案（項・号の記載に誤りがあるなど）が少なくなかった。また，関係しそうな条文を，よく考えずに単に羅列しただけの答案も散見された。このような答案は，条文解釈の姿勢を疑わせることになる。
- ・ 関係法令の規定を正確に読まないまま解答し，本来適用されるべき規範と全く関係のない議論をしている答案が散見された。法律実務家を目指す以上，適用される条文を正確に踏まえた議論をすることが必要である。
- ・ 問題文で丁寧に解答すべき課題を提示しているにもかかわらず，前提を誤解したり，設問の指示に従わない答案がかなり多く見られた。当然のことであるが，まずもって，設問をよく読み，正しく理解した上で答案を作成することが求められる。
- ・ 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が相変わらず多く見られた。設問と関係なく知識を披瀝しただけの答案には決して高い評価が与えられないことを改めて認識すべきである。
- ・ 会議録からの引き写しと，一般的・概括的な判断枠組みとの組合せから直ちに結論を導くような，検討の実質が伴わない答案が多く見られた。関係する条文と，その趣旨に関する理解をも組み合わせる上で，丁寧に論じることが求められる。
- ・ 設問1の検討に時間を要したためか，設問2については，根拠を挙げることなく結論だけを書いた答案が少なくなかった。

##### (2) 設問1

- ・ 内部行為論と紛争の成熟性の欠如について，相互の論理的・機能的関係を的確に把握していないと思われる答案が相当数あった。
- ・ 土地区画整理法（以下「法」という。）第25条第1項を本件組合が行政主体ではないことの根拠として挙げる答案が多かった。強制加入制という，民間団体には通常見られない例外的な仕組みになっていることにも注意すべきである。
- ・ 処分性の定式を記載するにとどまり，法令の規定に関する分析が不足している答案が見られた。処分性の判断に当たっては，関係法令に照らして，本件認可の法的効果を具体的に分析することが必要である。

- ・ 法第53条第1項は、組合施行の場合にも条例で施行規程を定めることとしていと誤解して記述するなど、関係法令や会議録の記載を正確に読んでいないと思われる答案が散見された。
- ・ 内部行為論や紛争の成熟性の欠如といった論点自体については、大多数の受験者が基本的に理解していた。自らの思考過程を的確に文章にして表現する力が、答案の出来に大きく影響していたように思われる。

(3) 設問2

- ・ 全体として、「本件認可は適法か」と問われているにもかかわらず、単に「適法とする法律論」と「違法とする法律論」を併記しただけで、自らの見解を示さない答案がかなり多く見られた。他方、適法・違法の両論に目配りしながら論ずることが求められているのに、自説の展開だけにとどまって、反対説についてはほとんど考慮していない答案も相当数見られた。
- ・ 事実関係に対して法的評価を加える際に、問題文に示された事実関係の一部をそのまま抜き書きした上で、直ちに適法又は違法との結論を導く答案が少なくなかった。それらの事実がなぜ適法又は違法と評価されるのかについて、一步踏み込んで自分の言葉で説明することが必要である。
- ・ 本件認可の根拠規定に触れることもなく、いきなり裁量論を展開する答案や、関係法令の規定を挙げることなく、本件組合の施行する土地区画整理事業の破綻の有無や賦課金の算定方法の平等原則違反の有無のみを論じているなど、条文解釈の姿勢が乏しい答案が散見された。
- ・ 白紙の書面議決書に後で賛成の記載を施したという点だけを捉えて、不公正で違法であると論じるなど、理由付けが不備な答案が散見された。
- ・ 賦課金の算定方法が本件定款変更そのものではなく、本件要綱によって定められていることの指摘はできているものの、違法性の承継の議論と無理に結び付けて論じている答案が相当数見られた。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

法律の規定を正確に理解する訓練を重ねた上で、与えられた命題に対し、条文に則して適切な見解を引き出すことができる能力、自らの論理的な思考過程を的確に文章にして表現す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。

大多数の答案からは、本問で論ずべき主な論点の内容自体について基本的な知識・理解を有していることがうかがわれ、この点、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、各設問における具体的な論述内容を見ると、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や、会議録から抜き書きした事実関係と一般論とを単純に組み合わせただけで直ちに結論を導くような、条文解釈の姿勢に欠ける、問題意識の乏しい答案が、相変わらず数多く見られた。法律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を通じた、具体的事案の分析・解決の能力であり、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25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25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、制度の趣旨を踏まえ妥当と認められる解決を説明する能力、当事者間に生じた事態について法律関係の正確な理解に基づき分析する能力及び事案の解決において参考となる判例の趣旨を理解して事案との比較検討を的確に行う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、1つの設問に複数の採点項目を設け、採点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ことも、従来と異なる。

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、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さ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能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要なものの一部の検討がなく、そのことにより知識や理解が不足することがうかがわれるとしても、そのことから直ちに答案の全体が低い評価となるものとはならないようにした。また反対に、論理的に矛盾する構成をするなど、法的思考能力に問題があることがうかがわれる答案については、低く評価することとした。なお、全体として適切な得点分布が実現されるよう努めた。以上の点も、従来と同様である。

### 3 採点実感

各設問について、この後の(1)から(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、答案の全体的傾向から感じられたことについては、(4)で紹介することとする。

#### (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、保証契約の要式性を題材とし、無権代理人が作成した保証契約書で



あっても要式性を満たす場合があるのか否かを問題とするものであり、判例や学説によって未だ十分には議論されていない問題について、自らの見解を説得的に展開する能力を問う問題である。議論が熟していない論点であり、様々の結論があり得るが、立法趣旨を的確に把握し、それからの論理的な演繹により規範を定立し、さらに、本問の具体的事実を丁寧に当てはめて論述することが求められる。

実際に作成された答案は、契約内容を明確にして確認し、保証意思を外部的にも明らかにすることを通じて保証を慎重ならしめる等との立法趣旨を指摘した上で、Cは書面を見て追認したのであるから立法趣旨に反するところはないとするものがほとんどであった。他方で、上記の立法趣旨からは、あくまでもC本人が書面を作成することが必要であり追認したのみでは足りないとの結論も可能であり、実際、このような答案も少なからず見受けられた。

このように立法趣旨に着眼することは必要であるとしても、立法趣旨のみから一義的な結論を論理的に導くことにはやや不自然さが残るものであり、そのことを自覚して、一部の答案は、立法趣旨からの説明を詳しくしたり事実関係を丁寧に検討したりする等の工夫をしていた。

その反面において、立法趣旨と結論とを平板に併記するにとどまる答案も多かった。例えば、保証契約の内容について保証人に明確な理解があるということのみを根拠にして保証契約を有効と見るという推論は、極端には、一切書面がない場合でも明確な理解があるからよい、ということになりかねない。法解釈としては、最終的には、書面の要件に結び付けて論じる必要があり、その工夫が不十分なものも見られた。通り一遍の説明で満足するのではなく、辛抱強く緻密に論理の流れを追求する態度を望みたい。

なお、設問1では、上記の論点以外にも、無権代理人による契約の効力について論じるべきであるが、必要以上に詳細に検討する答案や、逆に、全く言及しないものも散見された。問題点を網羅的に指摘しつつも、その重要性に応じて適切なバランスによって論述する能力も求めたい。また、ごく少数ではあったが、無権代理人による契約でも追認によって有効となる旨を指摘した上で、そのことのみから書面も有効とする答案があった。無権代理人による契約の効果を本人に帰属させるための要件と、要式性を満たすための要件とは区別するべきであるから、このような論述では要式性の検討として不十分である。

なお、用語法に関する注意として、保証債務は、「主たる債務」が履行されない場合において履行を求められるものである。これを「被担保債務」とするものが見られた。

#### イ 答案の例

優秀に該当する答案の例としては、上記の立法趣旨から原則として本人が作成した書面による保証意思の確認が必要であるとし、しかし、本問では、Cは経緯の説明を受けて書面を見た上で追認したことを指摘し、この追認には書面を認める趣旨も含まれていると解釈して本人が作成した書面と同視することができるものや、民法第446条第2項は、その文言に照らしても、代理による保証契約の締結の場合に必ずしも本人による書面の作成を要求するものではないとした上で、無権代理の追認の場合に書面性の要件を満たすためには、上記の立法趣旨に照らし、本人が自ら書面の内容を確認した上で追認することを要求すべきで

あるとする解釈をして、保証契約の有効な成立を認めたものがあった。また、結論は逆ではあるが、上記の立法趣旨から本人が主体的に書面を作成したことが必要であるとし、本問ではCは追認しているものの、C自身が主体的に書面を作成したものではないことを指摘し、さらに、追認の際に新たに書面を作成することもできたはずであるとして、保証契約の効力を認めない答案も、前例と同様に、立法趣旨と結論との論理的関連に配慮したものと評価することができる。

良好に該当する答案の例は、立法趣旨と結論とを論理的に結び付けようと努力はしているものの説得力が十分ではないものである。例えば、上記の立法趣旨から原則として本人が作成した書面が必要であるとしつつ、本問での状況を詳しく述べた上で「したがって例外的に有効としてよい」とするもの等があった。

一応の水準に該当する答案の例は、立法趣旨は的確に指摘するものの深く検討することなく、本問では書面を見た上で追認したのであるから「立法趣旨に反するところはない」等とするものである。

不良に該当する答案の例は、立法趣旨について単に「保証人保護」とする等そもそも立法趣旨を的確に指摘することができていないものや、前述のように、契約の効果を本人に帰属させるための要件と要式性を充足するための要件とを区別しないで「追認により契約の効果はCに及び、書面も有効となる等と論述するものである。

## (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、賃借物が破損した場合において、その破損が生じた原因が、賃借人Fからその内装工事の発注を受けたHの過失にあるケースを題材として、債務不履行責任に関する基本的な理解を問うものである。ここでは、債務不履行を理由とする損害賠償請求（民法第415条）の基本的な要件構成を踏まえて、本問のように履行補助者が使用される場合に、債務者である賃借人Fが責任を免れることができないとすれば、それはなぜであり、責任を免れることができるとすれば、それはなぜであるかを的確に説明し、その当否を論じることが求められる。

実際に作成された答案も、賃借人Fが善良な管理者の注意をもって賃借物を保管する義務を負い、賃借人Fが使用した履行補助者Hの行為によってこの義務に違反していることを適切に見極め、債務の不履行、損害の発生、その間の因果関係という要件が備わるとした上で、債務者である賃借人Fに責めに帰すべき事由があるといえるかどうかを論じるものが多く見られた。しかし、他方で、債務不履行責任には一切言及せず、不法行為責任や事務管理を理由とする費用償還請求、不当利得返還請求のみを検討する答案も相当数見られた。また、履行補助者責任に言及する答案の中でも、検討の結果、本問のHは履行補助者に当たらないとするものも少なからず見られた。これは、債務者に対して独立性を持たない者が引渡しや役務提供等の典型的な給付を債務者に代わって行うのが履行補助者であるという、言葉の語感に由来すると思われるイメージに引きずられているためであると考えられる。しかし、履行補助者とは、債務者が債務の履行のために使用する者であり、使用者責任と異なり、補助者と債務者の間に支配・従属関係が存在する必要はない。このような基本的概念の意味についてすら、注意をして学んでいない形跡がうかがわれたことは残念というほかない。

また、実際の答案では、債務不履行責任の要件を明示し、それぞれの意味と基準を明らかにして、本問の事実がそれに該当するかどうかを検討するものが多く見られた一方で、要件とその意味や基準を明確に示さないまま、本問に含まれる事情を列挙して、賃借人Fが責任を負うかどうかを論じるものが相当数見られた。本問で問題となる賃借物の保管義務はいわゆる手段債務であり、債務不履行という要件と責めに帰すべき事由の不存在という要件が表裏一体の仕方で問題となるという特徴があるとしても、そもそもどの要件の問題を論じているかすら判然としない答案が少なからず見られたことは、法解釈の基本的な素養が十分に身に付いていないことをうかがわせるものであり、問題が大きいと感じられた。

本問の中心は、以上のように履行補助者責任が問題になるとして、賃借人Fが損害賠償責任を免れることができないとすれば、それはなぜであり、責任を免れることができるかとするならば、それはなぜであるかを的確に説明し、その当否を論じるところにある。この点については、伝統的通説とそれに対する近時の批判理論を始め、かねてから盛んに議論されてきたところであるが、いずれの見解によっても、履行補助者責任が認められるための考え方を説得的に提示することができていれば足り、それに即して本問に含まれる事実を適切に評価し、それぞれの主張を基礎付けることが求められていた。

もっとも、実際の答案では、このような観点から適切に論じることができているものばかりではなく、例えば、Hの故意・過失は信義則上債務者Fの故意・過失と同視することができるのみ述べるものや、Hは独立の事業者なので賃借人Fは責任を負わない、あるいはFはHによって利益を得るので責任を負うべきであるのみ述べるものなどが見られた。履行補助者責任をめぐる従来議論を踏まえて論じていると見られるものは多くなく、伝統的通説による類型分けですら、言及していないものが見られた。履行代行者という用語を用いる答案でも、何らの類型分けもしないまま、債務者はおよそ責任を負わないのみ述べたり、債務者はおよそ選任・監督上の責任を負うにとどまると述べたりするものもあった。履行補助者責任は、債務不履行責任の基本的な考え方の当否が試されるいわば試金石に相当する問題であり、教材とされる文献などにおいても必ず一定の紙幅を割いて説明される重要問題の1つであり、丁寧に学んでおくことを望みたい。

なお、賃借人Fに対する請求の根拠としては、ほかにも、不法行為に基づく損害賠償請求、事務管理による費用償還請求、不当利得返還請求等も考えられる。これらについて言及する答案でも、その内容が適切である限り、相応の評価を与えることとした。

このうち、不法行為に基づく損害賠償請求に関しては、本問では、民法第716条が適用されると考えられるが、注文者に当たるFには「注文又は指図」について「過失」があったことはうかがわれない。実際の答案では、このように的確に指摘するものも少なくなかったが、Hが「被用者」といえるかどうかを意を払わないまま民法第715条の使用者責任を認めたり、これらの特則に言及しないまま、民法第709条の不法行為責任のみを論じたりするものもあった。民法第709条の「過失」の中で、履行補助者責任論を展開するものも見られ、基本的な体系理解に問題を抱えていることもうかがわれる。

これに対して、事務管理による費用償還請求と不当利得返還請求については、

賃貸人Bが本件の亀裂を修繕する義務を負わず、むしろ賃借人Fが修繕する義務を負うかが中心問題となる。実際の答案では、このことを正確に理解して論じるものも見られたが、特に不当利得返還請求について、経済的な利益の有無のみを論じたり、いずれかの当事者が利益を得ることが公平に反するとのみ述べたりするものも相当数にのぼった。法定債権関係に関する規定は、答案ではしばしば援用されるものの、正確に理解しないまま素朴なイメージに従って論じるものが少なくなく、問題が大きいと感じられる。

なお、用語法にも関連する注意として、履行補助者の概念を論ずるべきところを「履行補助者的な立場にある者」とする答案が散見された。このような曖昧な表現は、避けることが望まれる。

#### イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、本問では、賃借物の保管義務違反という債務不履行を理由とする損害賠償請求（民法第415条）が考えられることを指摘し、そのための要件とその意味を正確に示した上で、特に責めに帰すべき事由の不存在という要件に関して履行補助者責任が問題になることを指摘し、債務者が責任を免れ、又は責任を負うべき理由を論じた上で、それに即して本問における賃借人Fの責任の有無を検討するものである。

良好に該当する答案の例は、本問では、賃借物の保管義務違反という債務不履行を理由とする損害賠償請求（民法第415条）が考えられることを指摘し、そのための要件を示した上で、特に履行補助者責任に相当するものが問題になることは指摘しているものの、その要件上の位置付けが不明確であったり、履行補助者責任を基礎付ける理由や要件として考えられるものの提示が不正確ないし不十分であったりするものである。

一応の水準に該当する答案の例は、本問では、賃借人の債務不履行を理由とする損害賠償請求（民法第415条）が考えられることを指摘し、そのための主要な要件を示してはいるものの、Hが履行補助者として位置付けられることについて明言しないか、不正確にしか言及しないまま、Hが亀裂を生じさせたこととの関係で賃借人Fに責任が認められるかどうかについて、本問に含まれる事実を手掛かりとして検討するものである。

不良に該当する答案の例は、債務不履行を理由とする損害賠償請求に一切言及せず、他の構成のみを取り上げ、しかも、その理解に不正確ないし不明確な点が含まれるものである。

### (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、まず、必要費償還請求権の成立要件について理解した上、それを事案に当てはめて結論を導く能力を問い、次に、【参考】判例を理解した上、その射程を検討し、あるいは、判例法理を的確に批判することによって、事案に応じたルールを作成し、当てはめる能力を問うものである。

前半部分については、①事案を示し、②条文を適切に提示した上、③必要費の定義を明らかにすることにより要件をきちんと明らかにした上で、④結論を導く必要がある。実際には、③が欠ける答案が見られた。また、事務管理・不当利得について論じる答案が幾つか見られたが、民法第608条第1項に明文規定があ

るからには、そちらを挙げるべきである。

後半部分については、単に【参考】判例と本問とでは事案が異なるから、Dの依拠する判例法理が本問には適用されないとするとどまる答案が見られた。【参考】判例の事案におけるどのような特徴が判旨の示すルール的前提となっているのかを論理的に明らかにし、その特徴がどのように変化すれば、ルールがどのように変化するのかを明らかにしなければならない。そして、本問の事案においては、どのようなルールが適用され、その結果、Gの主張に沿う結論となることを示す必要がある。相殺を認めるのであれば、なぜ相殺が認められるのかを、物上代位との優劣だけでなく、相殺の要件に照らして示すことが求められる。

また、相殺のほかにも、Gに同時履行の抗弁権があること、あるいは、必要費に対応する部分につき賃料債権が発生しないことなどを論じる答案もあったが、それらには適切な評価を与えた。しかし、そのときも、同時履行の抗弁権があればどうなるのかまで、きちんと論じる必要があることは同様である。

さらに、【参考】判例の示したルールを、その射程を限定するのではなく、根本的に批判する答案もあったが、これについても適切な評価を与えた。しかし、そのときも、そうであるならばいかなるルールが適用され、本問の具体的な結論はどうなるかまで論じる必要がある。

なお、【参考】判例に従えば、Dの主張が妥当であり、Gの主張は認められない、とする答案もあったが、Gのなすべき主張について問われているのであるから、問いに答えていると評価することはできない。また、本問では、相殺の意思表示が物上代位による差押えの前であるなど、本問の事案及び【参考】判例の事案を正確に理解しない答案も一定数見られたが、適切なものと評価することはできない。賃料債権に対して抵当権に基づく物上代位権を行使することができるか、という問題もあるが、「30万円を差し引いて支払う」というGの主張を基礎付けることが求められているのであるから、その問題自体を論じる必要はない。

#### イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、民法第608条第1項にいう「賃貸人の負担に属する必要費」とは、賃借物を使用及び収益に適する状態で保存するために必要な費用をいうところ（通常の用法を基準としてこの必要性の有無を判断すべきか、当該賃貸借契約に定められた用法を基準としてこれを判断すべきかについては、両様の見解がある。）、本問で支出された費用の30万円は、台風により窓が損傷し、外気が吹き込むようになったことにより、授業に支障が生じていて、賃借物を用法に従って使用・収益するために必要なものであるから、GはBに対して30万円の必要費償還請求権を有することを指摘した上で、【参考】判例の事案における自働債権と異なり、受働債権たる賃料債権との牽連関係が密接であるとともに、賃料債権に抵当権の効力が及んでいることを知っていても、その取得を思いとどまることができない性質を有することなどを指摘し、【参考】判例の射程は及ばず、相殺の期待が重視されるべきことなどを論じ（この論理には様々なものがあり得る。）、かつ、相殺の要件を検討し、結論としてGはDが物上代位による差押えを行った後も、必要費償還請求権と賃料債務を相殺することができることを論じるものである。

良好に該当する答案の例は、Gが必要費償還請求権を有することは指摘するも

のの、必要費の定義を示した上で本問の事案を適切に評価できていないもの、また、【参考】判例の事案と本問の事案の違いは適切に指摘できているものの、そのときに適用されるルールの提示に欠け、又は本問の事案へのそのルールの当てはめが不正確ないし不十分なものである。

一応の水準に該当する答案の例は、Gが必要費償還請求権を有することは指摘できているものの、【参考】判例の事案と本問の事案の違いだけを理由に性急に結論を導いている嫌いがあるが、【参考】判例の事案と本問の事案の違いについては何とか論じているものである。

不良に該当する答案の例は、Gの有する権利についても不明確ないし不正確であり、【参考】判例の事案や本問の事案を適切に評価でき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

各設問についての採点実感は以上のとおりである。

それらとは別に、全ての設問を通じての全般的な採点実感も述べておくこととする。

全般的に見て、多くの答案が、表層的な論述に終始することなく、問われている事項を実質的、本質的に検討し、説得力のある論述をしようと試みており、このことには好感を抱くことができた。もっとも、当然のことながら、そのような答案がある反面において、そうでないものも少なからず見受けられた。

司法試験の出題の中でも、特に論文式試験で出題される事項は、画一的な思考で解決が得られるようなものではなく、あえて解答を見いだすことが困難な課題を与えるなどして受験者の法的思考能力を試そうとしているのであり、採点者は、いわば出題において提示した課題を受験者が共に悩んでくれたであろうか、というような気持ちで一枚一枚を読むものである。そのような気持ちで読み進む際に、ときに答案の中には、問われている事項の内容でなく、答案の文章表現や表面的な構成のような見栄えにばかり囚われ、あるいは、これまで考えたことのない問題での致命的な失点を恐れて無難な表現に終始し、いつまで読み進んでも本質の内容的事項の論述が見いだされないものも見られる。答案の表面的な構成の手法には、ときに流行のようなものも見られ、年によって特定の構成が多くの答案において用いられている状況が見られる。そうした流行の型のようなものに従って論述することが、そのことのみで不利になるということはないが、同時にまた気付いて欲しいことは、そのように見栄えばかりに拘泥し、あるいは無難な表現に終始して、内容的本質に関わる論述を欠く答案は、当然のことながら高い評価は与えられるものではないということである。他方、その問題の本質的な課題に正面から向き合い、限られた時間の中で思考をめぐらせて自分なりの解答を見いだした答案については、一般に、その内容に多少の難があつたとしても、問題の本質に踏み込まない答案よりも高い評価が与えられることになる。

また、昨年試験の採点実感で指摘したような不自然な文章表現が依然として散見され、また、潰れてしまっていて判読ができない字で書かれている答案も見られる。

外見的な印象を良くすることを過剰に気にかけるのではなく、判読可能な字で、平易な表現を用い、そして、何よりも、しっかり内容を備えた答案を作成した受験者を法律家の世界に迎え入れる、という趣旨で司法試験の採点がされている、ということであらためて想起し、受験者においては、基礎的な知識や基本的な思考力の

涵養に努めて欲しい。

#### 5 法科大学院における学習において望まれる事項

本年試験においても、採点された答えは、自ずと様々のものがあり、その一般的な傾向を一概に述べることは難しい。しかし、おおむね合格の水準に達しているものは、制度趣旨を踏まえた法的推論をしたり、具体的な事実の分析を通じて事案の法的解決を探求したりすることについて、相当の評価を与えることができるものである。型通りの文章表現を暗記し、しかも意味を理解しないままそれを書きつける、というような旧時の悪弊は、余り見られないようになってきている。このことは、理論と実務の架橋を踏まえた法曹養成をしようと努めてきた法科大学院教育が一定の成果を収めていることの裏付けであると見ることができる。取り分け、判例の提示する法律的命題を表層的に理解して、判例の結論のみから短絡的な議論を進めるような論述をする答えは、少なかった。これは、判例が提示する法律的命題の本質的な趣旨に注意関心を向けさせ、理由や事実を丁寧に読ませてきた法科大学院教育の努力によるものと見られる。

反面において、答案の中には、単に事案を異にするから、という指摘のみをして結論を導くものも見られた。どうして当面の事案には判例の命題が当てはまらないか、を考えて欲しいにもかかわらず、そこに至っていない答案が見られるということである。いうまでもなく、判例は自ずと具体的な個別性を伴うものであり、それを他の事案において活用することができるかを考察するに当たっては、判例を一般的な背景の中で位置付けさせる普遍的な思考が求められる。

また、ある制度の趣旨のみを論述し、その趣旨から法的解決を導く過程の推論が、不十分であるというよりも、その必要性に全く思い至らなかったと見られる答案もあった。学生の中には、ときに制度趣旨を論述することの重要性ということについて、それさえ論述すれば一定の点数が得られるものであるというふうに誤解するものもある。

法科大学院においては、このような問題点を是正することをも意識して、ぜひ引き続き理論と実務の架橋を踏まえ、法的思考というものが持つ奥行きと魅力を学生に伝える教育に努めて欲しいと望む。

## 平成25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25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、商法分野からの出題である。これは、事実関係を読み、分析し、会社法上の論点を的確に抽出して各設問に答えるという、基本的な知識と、事例解析能力、論理的思考力、法解釈・適用能力等を試すものである。

(2) 設問1（譲渡制限株式の譲渡の効力と名義書換未了の場合の取扱い）では、まず、その前段で、EのFに対する株式譲渡の甲社に対する効力が問われている。本問では、会社法第145条の規定によるみなし承認の要件を形式的に充足していることを踏まえた上で、代表取締役Aが、取締役会においてFに対する株式譲渡が承認されないことを懸念し、これを取締役に諮ることを回避して上記のみなし承認の要件を充足させたという事情を指摘する必要があるが、この点の指摘は、多くの答案でされていたものの、この点に全く触れていない答案もあった。そして、本来の制度の目的とは異なる目的でみなし承認の制度を利用した点がみなし承認の効力に影響を与え得るか否かについては、多くの答案で述べられていたが、記述が簡単な答案が多かった。なお、この点については、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、同等に評価したが、少しではあるものの、理由を丁寧に述べて論述している答案も見られた。

設問1の後段では、基準日の定めがなく、株主総会当日の株主に議決権を行使させればよいことを前提として、名義書換をしていないFを会社側から株主として取り扱うことができるか否かについて、名義書換が対抗要件であること（会社法第130条）やその趣旨に照らして論ずることが求められるが、名義書換が対抗要件であることを正しく理解していない答案が若干見られた。本問では、代表取締役Aの言動が原因となってFから名義書換の請求がされていないことから、Fに法定の手続を履践していないという一定の落ち度は認められるものの、名義書換の不当拒絶に類似する状況であるという視点から論ずることも考えられるが、この点について論じた答案も見られた。なお、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、同等に評価したが、設問1の前段において、みなし承認の効力を否定し、EのFに対する株式譲渡が甲社に対して効力を生じていないという結論を採りつつ、設問1の後段において、単に、名義書換は会社の事務処理の便宜のための制度であるという理由により、会社側から株主として取り扱うことは可能であると論ずる答案については、前段と後段との論理的関係に関する理解が不足するものと評価した。

(3) 設問2（株主総会における取締役の報酬の増額決議の効力、この決議に基づいて支払われた報酬の返還請求の可否及び範囲）のうち、小問(1)は、平成25年総会における取締役の報酬の増額決議の効力を問うものであり、まず、①取締役会設置会社である甲社の株主総会において、その招集の際に定められた株主総会の目的である事項（会社法第298条第1項第2号）以外の事項について決議をしたことについて、同法第309条第5項に違反し、株主総会の決議方法の法令違反という同法



第831条第1項第1号の決議取消事由に該当することを指摘する必要があるが、本問における当日の議題提出が同法第309条第5項違反であることを正しく指摘した答案は極めて少なかった。②Qの死亡により遺産共有状態にある株式の権利行使者の指定（同法第106条）が共有者の持分の過半数の同意により行われたことについては、多くの答案が正しく論じていた。さらに、③同法第831条第1項第3号の決議取消事由については、全く触れていない答案が相当数見られた。また、これに触れている答案でも、特別利害関係のある株主を「他の株主と異なる利益を得る者」と定義するなどという正しくない理解をしている答案がある程度見られた。なお、①②に触れている答案の多くは、株主総会決議の取消事由について同法第831条第2項の裁量棄却の余地があるか否かについても論じていた。

小問(2)では、平成25年総会における取締役の報酬の増額決議（以下「平成25年総会決議」という。）が取り消されると、決議の効力が遡及的に失われること、その結果、平成23年総会における取締役の報酬総額の決議がなお効力を有することとなることを前提として、平成23年総会において定められた報酬総額の枠を超える額の個別報酬額を定めた取締役会決議の効力を論ずる必要がある。具体的には、この取締役会決議が全部無効となるのか又は一部無効にとどまるのか、一部無効となる場合には、各取締役に対する報酬決定について無効となる金額、全部無効となる場合には、全部返還を求め得るのか等の検討を踏まえて、結論の妥当性をも意識しつつ、各取締役に対して不当利得として報酬の返還を求め得ること及びその具体的金額について論ずることが求められる。しかしながら、ほとんどの答案が、平成25年総会決議が取り消されると決議の効力が遡及的に失われることには触れていたが、その結果、取締役会決議の効力がどうなるのかについては論じていなかった。報酬の返還請求については、取締役会決議の効力に触れないで、単に平成25年総会決議が取り消されたことの効果として論じた答案がほとんどであった。なお、報酬の支払が一部無効と論じた答案も若干見られたが、これも、取締役会決議の効力に触れないでそのような結論を導いたものがほとんどであり、さらに、一部無効となる具体的金額について説得的に記述した答案は極めて少なかった。

- (4) 設問3（株主割当てによる新株発行の差止めの可否及び新株発行の効力）では、まず、その前段で、本問のような株主割当てによる新株発行に対し、不公正発行を理由とする差止請求（会社法第210条第2号）の可否を問うものであるが、多くの答案がこの点を論じていた。もっとも、第三者割当ての事例についての裁判例におけるいわゆる主要目的ルールをそのまま当てはめるだけの答案が多く、設問事例が株主割当てに関する事案であることを意識して論じている答案や、「株主が不利益を受けるおそれ」という要件について具体的に言及した答案は少なかった。また、新株発行差止請求権を被保全権利とする仮処分（民事保全法第23条第2項）について言及した答案も少なかった。

設問3の後段では、新株発行無効の訴え（会社法第828条第1項第2号）の可否について論ずることが求められるが、ほとんどの答案がこの点を論じていた。もっとも、甲社は非公開会社であり株式が流通しないから本問のような株主割当ては無効事由となるとだけ述べた答案が多く見られ、新株発行により形成された法律関係の安定性や新株発行が会社の業務執行に準ずるものであることを重視する見解（最判平成6年7月14日集民172号771頁参照）に言及した答案や、Bは新株発

行差止請求権を被保全権利とする仮処分により救済を受けることが可能であったこと、非公開会社においては、株主の持株比率の維持が重視されていること（会社法第199条第2項）等を意識した答案は、少なかった。

- (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（主要な論点の一つや二つ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1であれば、みなし承認の成否と名義書換の関係が、問題文にある事実を適切に当てはめながら論じられていて、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

譲渡制限株式の譲渡の効力と名義書換未了の場合の取扱い、株主総会における取締役の報酬に関する決議の効力、株主割当てによる新株発行の差止めの可否及び新株発行の効力についての規律は、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。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25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

出題の趣旨は、既に公表された「平成25年司法試験論文式試験問題出題趣旨【民事系科目】〔第3問〕」に記載したとおりであるから、参照されたい。

民事訴訟法科目では、例年、論文式試験問題の作成に当たり、受験者が、①民事訴訟法の基本的な原理・原則や概念を正しく理解し、基礎的な知識を習得しているか、②それらを前提として、問題文をよく読み、設問で問われていることを的確に把握し、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、といった点を評価することを狙いとしており、このことは今年も変わらない。

### 2 採点方針

答案の採点に当たって、上記①から③までの観点を重視していることも、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、点数を付与していない。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大切であり、採点に当たっては、受験者が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

今回の出題においては、問題文に事実関係のほか関連する最高裁判所の判決内容を記載し、更に、登場人物のやり取りの中で検討の手掛かりやその方向性等を示すことにより、受験者がその先の掘り下げた考察を行うことを期待した。ところが、実際には、与えられた手掛かり等を十分活用できていない答案が多かった。

設問1でいえば、弁護士L1の発言「遺言という過去にされた法律行為の効力の確認を求める訴えですが、」に着目すれば、「現在」「過去」という概念を用いて論点を整理すればよいことに気付くであろう。また、司法修習生P1の「三十筆余の土地及び数棟の建物を含む全財産を遺贈する内容の遺言の効力が争われた事案において、」という発言内容は、昭和47年最判の事案を分析する際に着目すべきポイントにほかならない。設問3及び4においても、後訴におけるGの訴訟代理人L3とその司法修習生P3とのやり取り（P3「前訴において、Gの請求はその限度で認容されるべきであった」、L3「裁判所は、請求原因の一部であってGが主張していない事実を判決の基礎とすることができるか」）が、検討の手掛かりや方向性を示している。

〔設問3〕等の見出し以下の部分を最初に読んで、題意を早合点し、結局問題文全体を丁寧に読まない受験者が多いのではないか。試験時間の制約がある中で効率よく題意を把握するため、受験者が設問の部分から先に読むことを一概に否定はしないけれども、登場人物の会話も問題文であり、そこには出題者の意図が込められていることを忘れないでもらいたい。なお、問題文を隅々まで読まないようでは法律実務家になろうとする者として注意深さが足りないとの指摘は、昨年採点実感

でもしたところである。

(2) 設問1【確認の利益】

本問の課題は、判例の趣旨を正確に把握し、事実関係の相違を分析して判例の射程を検討し、依頼者のために法律上可能な立論をするというものである。これは法律実務家にとって基礎的な作業であり、P1の発言「三十筆余の土地及び数棟の建物を含む全財産を遺贈」が検討の手掛かりになっていることは、前記(1)で述べたとおりである。しかしながら、答案では、最判の事案と設問の事案とで事実関係の異なる部分を幾つも羅列した上、自分の採りたい結論に直結させてしまい、そのような事実関係の相違がなぜ結論を左右するのかという中間の説明を丁寧に行っていないものが目立った。

民事訴訟は私法上の法律関係を対象とし、私法上の法律関係は時間の経過とともに変化し、そうであるからこそ、確認訴訟においてどの時点の法律関係を対象とすべきかが論じられる。受験者には、まず、確認の対象は現在の法律関係でなければならないという原則をその根拠と共に論じることを期待したが、多くの答案が不十分な論述にとどまった。この点を十分論じることなく、「そもそも確認の利益とは・・・」といったレベルの一般論を長々と述べる答案は、設問において何が重要かの判断力を欠き、暗記したことを再現しているだけのものとして、印象がよくない。

昭和47年最判は、遺言無効確認の訴えが、過去の法律関係を対象としているもののそのことから直ちに不適法となるものではないとし、上記原則の例外となり得ることを明らかにした。しかし、同最判は、『遺言無効の確認を求める訴えは一般に適法である』という法理を明言したわけでは必ずしもない。同最判を後者のように理解していると、求められる立論が難しかったかもしれない。

遺言を対象とすることの合理性を説明するために、遺言無効確認の判決を得れば当然に紛争の抜本的解決が図られるかのように論じる答案が多かったが、必ずしもそのようには言えないであろう。遺言の無効が確認されても、その判決の効力は当該訴訟の当事者にしか及ばず、それ以外の関係者との間では紛争の解決が事実上期待できるに過ぎないからである。

遺産確認の訴えについて適法とした最高裁判所昭和61年3月13日第一小法廷判決・民集40巻2号389頁の説示に引きずられたのか、遺産分割と関連付けた答案も見られた。その典型例が、昭和47年最判の事案では特定の相続人に全財産を遺贈する内容の遺言であるが、設問1の遺言は被相続人の友人に土地甲を遺贈する内容の遺言であり、前者では遺言の無効が確認されれば相続人間で遺産分割の問題となるが、後者ではそのような問題はないので、遺言無効は確認対象として不適格である、とする答案である。しかし、昭和47最判は遺産分割との連携については言及していないし、もしそこに確認対象の適格性を分かつ要因を求めてしまうと、設問1の遺言が『全財産を友人Cに与える』という内容のものであったとしても、『判決において、端的に、当事者間の紛争の直接的な対象である遺言の無効の当否を判示することによって、確認訴訟の持つ紛争解決機能が果たされる』ことにはならず、個々の相続財産を特定してそれにつき原告が相続分に応じた持分権を有することの確認に引き直す必要があることになるが、そのような結果が不合理であることに気付いてほしい。

(3) 設問2【当事者適格】

設問1に比べ総じてよくできていた。

なかでも遺言執行者の訴訟法上の地位が法定訴訟担当に当たることを一言でも指摘してある答案は、本件では当事者適格の所在が時間の経過とともに移動しているという視点が明確になり、その論旨も説得的であった。

一方、管理処分権をあたかも不動産所有権や金銭債権などと同じ次元の権利として理解しているようにはうかがわれる答案があり、気になった。例えば、債権者代位訴訟の原告は、債務者の第三債務者に対する債権につき、管理権（取立権）を有しているが、当該債権を有してはいないように、両者は別のものである。設問2に即していえば、特定物遺贈では、遺贈の発効と同時に受遺者はその所有権を取得するが、遺言執行者が置かれているときは、その管理処分権は遺言執行者に帰属するから、相続人が遺言に反して当該目的物につき相続を原因とする所有権移転登記を経由したときは、遺言執行者は、遺言執行の障害となる相続人名義の登記につき、この管理処分権に基づき、受遺者の法定訴訟担当者として、その抹消登記手続を求め訴えを提起することができるが、遺言執行者が遺贈を原因とする受遺者宛ての所有権移転登記を経由することにより、遺言の執行を完了すれば、目的物についての管理処分権も受遺者に移転するから、遺贈を原因とする所有権移転登記の抹消登記手続請求訴訟の被告適格は受遺者にある。当事者適格、特に第三者の訴訟担当との関連で用いられることの多い管理処分権の意味を今一度整理しておいてほしい。

#### (4) 設問3及び4【弁論主義及び判決の効力】

設問3の各小問及び設問4は、GH間で争われた二つの訴訟を通した、一連の問いであるが、まず、このことに理解が及ばず、ばらばらに論じている答案が少なかつた。また、後訴から関わった司法修習生P3の「Gの前訴請求は法定相続分に応じた共有持分の限度で認容されるべきであったのではないか」という疑問が一連の問いを通した「鍵」になっているが、このことを明確に意識して書かれている答案には、当然ながら説得力があった。

Gの前訴請求が法定相続分に応じた共有持分の限度で認容されるべきであったと言えるためには、必要な請求原因に当たる事実が当事者から主張されていたことが必要であるから、まず、請求原因に該当する事実が何であるかを整理することになる（設問3の小問1）。この作業が本件の事実関係に即し具体的に行われている答案は、ごく自然な流れとして、それらの事実ごとに、順次、当事者からの主張の有無を検討することができており（同小問2）、総じてよい得点につながっていた。その一方で、数は多くないとはいえ、小問1への解答として、被相続人もと所有、被相続人が死亡、原告の相続権といった、法律要件にすぎないものを主要事実又は要件事実と誤解し、それだけを記述した答案が存在したことは、残念というほかない。

『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』という弁論主義の第1テーゼは、裁判所と当事者の役割分担を規律するものであるから、主要事実がそれにつき主張責任を負う当事者の相手方から主張されている場合でも、それは訴訟資料となる。このような趣旨のことが書かれていれば、主張共通というキーワードの有無にかかわらず配点している。一方、小問2において弁論主義との関係で記述が求められている事項は以上に尽きるにもかかわらず、相変わらず、弁論主義の根拠、弁論主義の第2テーゼ、第3テーゼ、第1テーゼが間接事実には適

用がないこと及びその理由（自由心証による事実認定を窮屈にする云々）まで長々と論じるものがあるが、やはり得点につながらない上、丸暗記した論証パターンを無反省に書き散らした答案として、印象も極めてよくない。

また、上記の主張共通の原則に全く言及しないで、設問の中に『適切に釈明権を行使したならば』とあるのに飛びついて、積極的釈明の意義とその許容性を滔々と論じる答案があったことには驚かされた。相続を原因とする権利取得の請求原因は全て当事者から主張されているのだから、ここでいう『適切な釈明権の行使』が、証拠資料から認定できる主要事実につき当事者の主張がないときに、主張責任を負う当事者に対してそれを主張するか否かを確認する意味での積極的釈明ではないことは、問題文から明らかであろう。

なお、出題趣旨に記したように、FG間の父子関係やF死亡の事実については主張されていることが前提であったのに対し、これらの点について主張はないものと理解した答案も多かったが、本設問の主眼は主張共通の原則についての理解を問うことにあるため、これらの点についての主張の有無の理解自体を有利ないし不利に評価することはしていない。

設問4の課題は、原告Gの前訴請求は法定相続分に応じた共有持分の限度で認容されるべきであったし、そのような一部認容判決をすることは、弁論主義との関係でも支障がなかったことを前提として、Gのために、既判力の遮断効の範囲の縮小という立論をすることである。既判力の客観的範囲に関する通常理解からすれば、Gの主張は前訴判決の既判力により、遮断されるのが原則である。このような原則を最初に押さえている答案は、論述の骨格がしっかりしていたが、その数は多くはなかった。

Gの主張が既判力による遮断の効果を受けるのを免れさせることは、本来それほどたやすいことではない。では、どのように立論すべきかであるが、Gの当該主張が必ずしも紛争の蒸し返しとは評価できないことについては、そのような趣旨がどうにか読み取れるというレベルのものも含めると、多くの答案が指摘できていた。論拠の一つとして、Gの前訴請求は法定相続分に応じた共有持分の限度で認容されるべきであったにもかかわらず、裁判所の訴訟指揮の不適切さもあって全部棄却の判決がされてしまったとの点を指摘できることは、先に述べたとおりである。

一方、Hの態度にも着眼した上、その態度が信義則に反するという点を具体的な事情に沿って指摘できている答案は多くなかった。民事訴訟は、当事者双方及び裁判所のそれぞれにおいて事案の見え方が異なるところから始まるものであり、当事者双方の視点から事案を検討することは、法律実務家にとって基本的な姿勢だと思われる。このような姿勢で答案作成に臨んでいる答案は、必要な事情を拾うことができているように感じられた。

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

設問で求められているのは原告Gの立場から立論をすることであり、答案の末尾においてその結論を明確に述べることも重要である。

問題文をよく読んでいないと思われる答案が、設問4ではことのほか多かった。

例えば、前訴でFからHへの贈与の事実が否定されているにもかかわらず、後訴においてHがなお贈与を主張して土地乙が自己の所有に属すると主張するのは信義則違反である、と論じる答案がそれである。確かに、遺産分割協議においてHがこのように主張したことがGによる後訴提起を惹起したことは確かであるが、後訴の本案に関しては、Hは、Gによる土地乙についての共有持分権確認請求は土地乙についてのGの所有権確認請求を棄却した前訴確定判決の既判力に反すると主張しているのであって、問題文はこの主張が信義則違反であることの論証を求めているのである。前訴ではGはJから土地乙の所有権を買得たと主張していたから、実質Gの一部敗訴を意味する相続による共有持分権取得の主張を予備的にでもしておくべきだったとするのは期待可能性がない、本来前訴において裁判所は共有持分権の限度でGの請求を一部認容すべきだったのであり、全部棄却とした裁判所の誤りによる不利益をGに課すのは公平でない、等の理由から、前訴判決の既判力はGによる共有持分権の主張を遮断しない限度で縮小すると記した答案も、問題文をよく読んでいない点では、同じである。確かに、そういう論拠から既判力の縮小を論じるとは不可能ではないが、問題文は、Hの態度が信義則に反するとの角度から既判力の遮断効の範囲の縮小を立論することを求めているのであり、このような答案は、問題文の要求に対するものとしては、評価できない。

(5) 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、概括的に次のように言うことができる。

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

以下、各設問に即して「一応の水準」「優秀」の答案イメージを付言すれば、次のとおりとなる（「良好」は両者の中間にあるもの、「不良」は「一応の水準」未満のものである。）。

確認の対象としては現在の法律関係を選択すべきであるという原則とその根拠を論じ（設問1）、遺言執行者の民法上の地位を、条文を示して説明し、本件における任務の内容及びその任務の終了を具体的に説明し（設問2）、請求原因に該当する事実の整理、主張共通の原則の適用場面であること及び後訴におけるGの主張が必ずしも紛争の蒸し返しとは評価できないこと（設問3及び4）の各指摘をすることができていれば、最低限押さえるべき論点が論じられているものとして「一応の水準」にあると評価できる。

これらに加えて、昭和47年最判の正確な理解、本件事案への的確かつ具体的な当てはめ（設問1）、遺言執行者の訴訟法上の地位が法定訴訟担当であることや、管理処分権の移動の指摘（設問2）ができており、請求原因に該当する事実の的確な整理、当事者からの主張の存否の具体的な検討（設問3）に加え、Hの態度が信義則に反することをそのような評価を基礎付ける事情も含めて具体的に論じ、全体

の論旨も明快な答案（設問4）は、問われていることを的確に把握し、答えているものとして「優秀」な答案と評価することができる。

#### 4 法科大学院教育に求めるもの

民事訴訟法科目の論文式試験では、判例に関する記憶の量を試すような出題はしていない。むしろ、当該判例の位置付けを民事訴訟法全体との関係において体系的に把握し、判例の基礎となった事案の特殊性を理解しておくことが肝要である。試験会場において、出題された内容に応じて考察し、その判例の射程を論じたり（設問1）、その判例の示した法理に基づいて立論したり（設問4）できる能力を養うことを目標にして、日々の教育を行う必要がある。

#### 5 その他

時間不足と思われる答案は少なく、答案の分量としては5枚程度でも必要かつ十分な論述ができていた。考えながら書くのではなく、書き始める前に、答案構成に十分な時間をとることが大切であろう。また、毎年繰り返しているところではあるが、極端に小さな字（各行の幅の半分にも満たないサイズの字では小さすぎる。）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く、心当たりのある受験者は、相応の心掛けをしてほしい。



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

本問では、具体的事例に基づいて甲乙の罪責を問うことによって、刑法総論・各論の基本的な知識と諸論点についての理解の有無・程度、事実関係を的確に分析・評価し、具体的事実法規範を適用する能力、結論の具体的妥当性、その結論に至るまでの法的思考過程の論理性を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

すなわち、本問は、暴力団組長の甲が、同組幹部のAを車のトランク内に閉じ込め、車ごと燃やして殺害しようとの計画の下、自らAを自己所有車B（以下「B車」という。）のトランク内に閉じ込めた上、その事情を秘して配下組員の乙に指示してB車に放火させたが、その前にAがトランク内で窒息により死亡していたという具体的事例についての甲乙の罪責を問うものであるところ、これらの事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、事実を具体的に摘示しつつ法規範への当てはめを行って妥当な結論を導くこと、更には、甲乙それぞれの罪責についての結論を導く法的思考過程が相互に論理性を保ったものであることが求められる。

甲乙の罪責を分析するに当たっては、甲乙それぞれの行為や侵害された法益等に着目した上で、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吟味し、これに問題文に現れている事実を丁寧に拾い出して当てはめ、犯罪の成否を検討することになる。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とはいえない事項については、簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。

出題趣旨でも示したように、本問における甲乙の罪責としては、いずれについても、殺人罪、監禁罪（又は監禁致死罪）、建造物等以外放火罪の成否が主要な問題となることであり、このうち、特に主要な論点としては、以下のものが挙げられる。

まず、一つめとして、乙の殺人罪の成否の検討において、乙がAをB車トランク内に閉じ込めた状態で同車に火を放って殺害する意図でAの口をガムテープで塞いでトランクを閉じて同車を走行させたところ、乙が企図したよりも早い段階となるB車走行中にAが窒息死したことにつき、構成要件の実現が早すぎた場合の実行の着手時期等についての擬律判断及び当てはめが挙げられよう。この点については、殺人罪の構成要件要素、すなわち、実行行為（実行の着手）、結果、因果関係及び故意について、意義を正確に示した上で、具体的事実を当てはめることが基本であり、その中で上記擬律判断についての解釈論を展開し、的確な当てはめを行うことが求められる。

二つめとして、甲の殺人罪の成否の検討において、甲が乙に対し、B車トランク内にAを閉じ込めていることを秘して同車への放火を指示した点につき、甲を間接正犯等の実行行為者とする殺人罪の成否の検討が必要である。特に、乙がAの存在に気付きなながらも上記行為に及んだことについてどのように評価するのかについては、間接正犯の着手時期等にも言及しつつ、丁寧に論じることが望まれる。また、乙との共犯関係をどう捉えるのかについて、例えば、間接正犯の意図で教唆の結果を生じさせた

場合の擬律判断等の検討も望まれる。

三つめとして、甲乙の建造物等以外放火罪の成否の検討においては、公共の危険の意義及び判断基準、同危険の発生の認識の要否等が主要な問題点となり、当てはめについても、具体的事実を的確に指摘して丁寧に論じることが求められる。

その他、甲乙の監禁罪又は監禁致死罪の成否等、本問で論じるべき問題点は、多岐にわたるが、いずれの論点についても、参考となる著名な判例もある基本的な論点であり、これらの論点に対する理解と刑法総論・各論の基本的理解に基づき、事実関係を整理して考えれば、一定の妥当な結論を導き出すことができると思われ、実際にも、相当数の答案が一定の水準に達していた。

### 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、甲乙それぞれに殺人罪及び建造物等以外放火罪の成否を検討し、特に主要な論点として挙げた前記各論点を論じており、本問の出題趣旨や大きな枠組みは理解していることがうかがわれた。

特に、乙の殺人罪の成否の検討における構成要件の実現が早すぎた場合の擬律については、最決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁が参考になるところであるが、相当数の答案が同判例が挙げる実行着手を判断するための複数の考慮要素を引用しており、また、建造物等以外放火罪の成否についても、相当数の答案が、最決平成15年4月14日刑集57巻4号445頁で示されたような公共の危険の意義を示し、問題文中の具体的事実を摘示して当てはめるなど、重要判例についてはそれ相応に学習していることがうかがわれた。

ただし、刑事責任が余り問題とならないような点について延々と論述する一方で、主要な論点については不十分な記述にとどまっているなどバランスを欠いた答案も少なからずあった。

その他、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となる。

#### (2) 乙の罪責について

ア 殺人罪の成否を全く検討していない答案

イ 殺人罪の成否につき、実行の着手等の客観的構成要件要素を論じることなく故意の有無しか論じていない答案、因果関係の有無と因果関係の錯誤とを混同している答案など、刑法総論の理論体系の理解が不十分と思われる答案

ウ 殺人罪の成否につき、実行の着手、結果、因果関係を一応論じているものの、具体的事実の摘示や当てはめが極めて不十分な答案

エ 建造物等以外放火罪の成否につき、同罪を抽象的公共危険犯であるとする答案

オ 建造物等以外放火罪の成否につき、「焼損」等の構成要件要素や「公共の危険」の意義等の記載を欠くか、記載していても不正確な答案

カ これらの意義についての理解が不十分なためであると思われるが、それぞれの当てはめにつき、具体的な事実の摘示が不十分な答案

キ なお、公共の危険やその認識の要否の各論点につき、他の見解にも言及しつつ自己の見解を説得的に論述している答案は高い評価を受けたが、そのような答案

は僅かであった。

(3) 甲の罪責について

ア 殺人罪の成否につき、安易に乙との間で黙示の共謀があったなどとして同罪の共謀共同正犯を認定した答案

イ 殺人罪の成否につき、実行の着手等についての擬律判断及び当てはめを十分に論じることなく、安易に甲がAをB車トランク内に閉じ込めた行為を甲による殺人の実行着手と認定した答案

ウ 殺人罪の成否につき、多くの答案が間接正犯の成否について一応言及していたものの、そのほとんどが、「乙が途中でAの存在に気付いたから間接正犯は成立しない」旨簡潔に述べるのみで、間接正犯の実行着手時期に言及した上、殺人予備罪にとどまるのか、殺人未遂罪が成立するのかを明らかにした答案は僅かであった。

エ 殺人罪の成否につき、乙との共犯関係について何ら言及のない答案

オ 甲に殺人罪（未遂、教唆を含む）が成立するとしても、甲がAをB車に乗車させて疾走させ、更には、Aに睡眠薬入りコーヒーを飲ませて昏睡させ、ロープで緊縛してトランク内に閉じ込めるなどした行為につき、別途、監禁罪等の成否の検討が求められるが、これについての言及を欠くか、記載していても不十分な内容にとどまった答案が多かった。

カ 甲に殺人既遂教唆罪を認定したためか、甲の建造物等以外放火罪の成否につき、共同正犯の成否を検討することなく、安易に同罪の教唆犯を認定した答案

(4) その他

これまでにも指摘してきたことでもあるが、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見られた。時間の余裕がないことは理解できるところであり、達筆である必要はないものの、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丁寧に答案を書くことが望まれる。

(5) 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、本問の事案を的確に分析した上で、本問の出題趣旨や上記採点の基本方針に示された主要な問題点について検討を加え、成否が問題となる犯罪の構成要件要素等について正確に理解するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、事実を具体的に摘示して当てはめを行い、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、摘示した具体的事実の持つ意味を論じつつ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、一部の問題点についての論述を欠くもの、主要な問題点の検討において、構成要件要素の理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められたものなどである。

「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あったり、複数の主要な問題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

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、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本的概念の理解が不十分であるために、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もの、事案の解決に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、問題点には気付いているものの、結論が著しく妥当でないものなどである。

#### 4 今後の法科大学院教育に求めるもの

本問において、構成要件の幹となる実行の着手等についての体系上の位置付けを理解していないと思われる答案が散見されたことを踏まえ、刑法の学習においては、まずもって総論の理論体系、例えば、構成要件要素である実行行為、結果、因果関係、故意等の体系上の位置付けや相互の関係を十分に理解した上、これらを意識しつつ、各論に関する知識を修得することが必要であり、答案を書く際には、常に、論じようとしている論点が体系上どこに位置付けられるのかを意識しつつ、検討の順序にも十分に注意して論理的に論述することが必要である。

また、繰り返し指摘しているところであるが、判例学習の際には、結論だけを丸暗記するのではなく、判例の事案を十分に分析した上、その判例が挙げた規範や考慮要素が刑法の体系上どこに位置付けられ、他のどのような事案や場面に当てはまるのかなどについてイメージを持つことが必要と思われる。

このような観点から、法科大学院教育においては、引き続き判例の検討等を通して刑法の基本的知識や理解を修得させるとともに、これに基づき、具体的な事案について、妥当な解決を導き出す能力を涵養するよう一層努めていただきたい。

## 平成25年司法試験の採点実感等に関する意見（刑事系科目第2問）

### 1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様、比較的長文の事例を設定し、その捜査・公判において生じる刑事手続法上の問題点につき、その解決に必要な法解釈・法適用に当たって重要な具体的事実を抽出・分析した上で、これに的確な法解釈により導かれた法準則を適用し、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、男2人組による殺人事件発生の約30分後、その現場から約800メートル離れた路上において、甲及び乙を発見し、両名を同事件の犯人としてそれぞれ準現行犯逮捕した手続、その後、司法警察員が、甲の身体着衣を搜索するため、甲を逮捕の現場から約300メートル離れた交番に連行する途中、転倒した甲のズボンポケットから落ちた携帯電話を差し押さえた手続に関し、各逮捕及び差押えの適否を問うものである。逮捕に関しては、準現行犯の要件該当性についての法解釈を論じた上で、事例に現れた各事実が持つ意味を明確にしてその適用を論じることを求め、差押えに関しては、「逮捕の現場」についての法解釈に加え、差し押さえるべき物と被疑事実との関連性を判断する基準を示した上で、事例への適用を論じることを求めている。

設問2は、性質の異なる内容を含む実況見分調書について、要証事実との関連において各部分がいかなる性質を持つのかを明確にした上で、伝聞法則及びその例外規定が適用されるかを検討し、本事例においてその具体的適用を求めている。

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及び設問2は、いずれも捜査及び伝聞法則に関する刑事訴訟法の条文並びに判例の基本的な理解を問うものであり、法科大学院において刑事手続に関する科目を修得した者であれば、何を論じるべきかは明白な事例である。設問1のうち、乙の準現行犯逮捕については、法科大学院の授業で直接扱うことはないかもしれないが、準現行犯の逮捕が無令状で許される趣旨を十分に理解し、そこから事例の特徴を踏まえて法的議論を展開する能力を備えているかを問うものである。

### 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、準現行犯逮捕及び逮捕に伴う差押えの適法性について、事例に現れた法的な問題点を明確に意識し、制度趣旨や判例法理の理解を踏まえつつ、それぞれの問題点ごとに法解釈を的確に論じた上で、事例中の具体的事実を適切に抽出し、それら事実の持つ意味に従って的確に分析・整理して法解釈を適用し結論を導いた答案が見受けられた。また、設問2については、実況見分調書の証拠能力について、要証事実との関連において、実況見分調書中の各部分の性質を明確にした上で、その性質に応じ、伝聞法則についての正確な理解に基づき、的確に証拠能力付与の要件を論じた答案が見受けられた。

他方、法解釈に関する抽象的な論述や判例の表現を暗記し、それを機械的に記載し

ているものの、具体的事実にこれを適切に適用することができていない答案や、そもそも法的に意味のある具体的事実の抽出・分析が不十分な答案、関係条文の解釈の論述ができていない答案も見受けられた。

設問1の【逮捕①】では、準現行犯逮捕としての適法性について問われているのであるから、甲につき、平成25年2月1日午後10時頃にH公園で発生したVに対する殺人事件という特定の犯罪との関係で、刑事訴訟法第212条第2項各号の要件該当性を論じた上で、甲が「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められる」（犯罪と犯人の明白性）という要件を満たすかについて論じることが求められている。ところが、同項各号の要件該当性の検討に先んじて犯罪と犯人の明白性の要件を論じたり、同項各号の要件該当性を犯罪と犯人の明白性の要件充足性を検討するための一要素として論じる等、同項の構造を理解していないと思われる答案が相当数見受けられた。

また、甲が同項3号に規定する「身体又は被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」の要件を満たすことを論じた上で、犯罪と犯人の明白性を論じるべきことは理解しているものの、後者の判断材料に関し、司法警察員Pが直接覚知した事情に限定されるのか、その他の事情も含まれるのかにつき全く言及せず、あたかもWによる通報内容のみで当然に犯罪と犯人の明白性を認定できるかのように論じたり、司法警察員Pが甲及び乙を発見した日時・場所、その際の甲及び乙の特徴、職務質問時の乙の供述内容等を漫然と羅列したりする答案が数多く見受けられた。

そして、【逮捕②】についても【逮捕①】同様、まず、乙につき同項各号の要件該当性を論じた上で、犯罪と犯人の明白性を論じるべきであるところ、同項各号の要件該当性を論じずに犯罪と犯人の明白性を論じたり、同項各号の要件該当性を否定しながら、乙の自白等から犯罪と犯人の明白性が認められるとして【逮捕②】を適法とする答案が相当数見受けられ、そもそも同法第212条第2項の構造を理解していないと思われた。逆に、【逮捕②】につき同項各号を形式的に適用し、各号に該当しないので直ちに違法とする答案も相当数あり、こちらは結論はともかく、【逮捕②】の問題点を理解していないと思われた。

【逮捕②】につき同項各号の要件該当性を論じるに当たっては、本件が共犯事件であることを意識すべきであるところ、答案の中には、共犯事件であることのみをもって、甲の被服に付着した血痕が、乙との関係でも直ちに「犯罪の顕著な証跡」に該当するとしたものが見受けられ、Wが、甲及び乙の共謀に基づく殺害行為を目撃していること、司法警察員P及びQが甲及び乙を発見した際、両名は行動を共にしており、両名の特徴はWが目撃した犯人2名の特徴と一致することなど、甲と乙との一体性を示す具体的事実を指摘した上で、乙の同項3号該当性を論じることのできた答案は少なかった。

さらに、乙は共謀共同正犯であるから、乙につき「罪を行い終わってから間がないと明らかに認められる」との要件を満たすかについて論じるに当たっては、この要件が、甲による実行行為のみに向けられているのか、甲及び乙の共謀まで含むのか、後者の見解をとる場合、共謀とは謀議行為を意味するのか、意思の連絡を意味するのかにつき自己の見解を明らかにした上で、【逮捕①】と同じく、この要件の判断材料となり得る事情の範囲につきいかなる見解をとるかによって結論が異なると思われるが、この点について論じた答案はほぼ皆無であった。

なお、【逮捕②】を違法とする答案の多くが、緊急逮捕としての適法性を論じていたものの、設問には「刑事訴訟法第212条第2項に基づき」と記載され、準現行犯逮捕としての適法性が問われているのは明白であり、緊急逮捕を論じる必要はない。また、中には、現行犯逮捕としての適法性を論じる答案もあったが、準現行犯逮捕として違法である以上、それよりも要件の厳しい現行犯逮捕として適法になる余地はなく、現行犯逮捕を論じること自体、無令状逮捕が認められる要件や趣旨を理解していないことの表れである。いわゆる論点主義に陥らず、刑事手続全体を俯瞰した学習を求めたい。

【差押え】については、本事例では、司法警察員Pは、逮捕の約10分後に本件【差押え】を実施しており、同法第220条第1項の「逮捕する場合」の要件を満たすことは明らかである。それにもかかわらず、この点について相当の分量を割いて論述する答案が散見され、事例に即して論じる健全な感覚を欠き、無意味なマニュアル的論述に終始する弊に陥っているのではないかと危惧された。

設問の【差押え】に関する部分は著名な最高裁判例（最決平成8年1月29日刑集50巻1号1頁）を下敷きにしており、多くの答案においては、それを踏まえておむね適切な論述ができていたものの、同判例が、被処分者に対する差押えをできる限り速やかに実施するのに適当な最寄りの場所まで連行した上で、実施した差押えを『逮捕の現場』における差押えと同視することができる」としていることに漫然と倣って結論を導く答案が大多数であり、その根拠を的確に論じる答案は少なかった。この点を論じるに当たっては、搜索の対象が甲の身体着衣であることが、「逮捕の現場」という要件との関係において、どのような意味を持つのかを明確にすることが不可欠であるところ、このような視点で論じることができた答案は多くなく、「逮捕の現場」についての一般的な論述に終始したり、逮捕の現場である路上と甲が転倒した路上、あるいは連行予定であったI交番との管理権の異同といった令状による搜索可能な場所の問題と混同している答案が見受けられた。

また、本事例は前記判例と異なり、「適当な最寄りの場所」と考えたI交番に到達する前に逮捕現場から約200メートル離れた路上で甲が携帯電話を落としたことにより、司法警察員Pがこれを差し押さえている。これを適法とする見解においては、甲が転倒して携帯電話を落としたことによりその存在がPに明らかになり、重ねて搜索をせずとも差押えが可能な状況になったという具体的な事実を摘示した上で、差し押さえた場所が、「適当な最寄りの場所」と認められることを論じることが求められるところ、単に移動距離が当初の予定である300メートルよりも短いことをもって適法とするなど、全く法的考察がなされていない答案が散見された。

前記判例は、ほとんどの教科書や判例集に掲載されている基本判例であるから、法科大学院の学生が、同判例の前提である具体的事例を踏まえた上、その内容を深く理解していれば、本件は、それとの比較において十分に論じられたはずである。

さらに、司法警察員Pが甲の携帯電話を差し押さえたものの、その後の捜査により同携帯電話には、被疑事実に関する電子メールが送信されていないことが判明した点に関し、被疑事実と証拠物の関連性は、差押え時の事情から判断すべきことについては、ほとんどの答案において理解されていた。しかし、その関連性有無の判断に関し、司法警察員Pが電子メールの有無を確認しなかったことをもって【差押え】を違法とした答案が見受けられた。これらの答案は、最高裁判例（最決平成10年5月1日刑

集52巻4号275頁)の法理を本事例に適用したと思われるものの、同判例は、多量のフロッピーディスクを差し押さえた事例についての判断であり、同事例の具体的事実関係を見ると、そもそもフロッピーディスクと被疑事実の関連性が必ずしも明らかでないところ、本事例では、乙の供述により、甲の携帯電話の記録内容を確認するまでもなく被疑事実との関連性が明らかになっている点で事案が異なっており、同判例の法理がそのまま該当する場合ではない。判例を学ぶに当たっては、そこに示された規範ばかりに目を向けるのではなく、その判例が前提とする具体的事情を分析し、判例法理の射程距離を意識することが必要である。

次に、設問2については、まず、実況見分調書全体につき、検証調書に準じる書面として、同法第321条第3項が規定する要件を満たせば伝聞法則の例外として証拠能力が認められることを前提に、各別紙に関し、要証事実との関係で、更なる要件該当性を検討する必要があることについては、ほとんどの答案において論じられていた。

その上で、【別紙1】については、本件実況見分調書の作成者である司法警察員Pの説明部分、目撃者Wの説明部分、Wの説明に基づき司法警察員2名が犯行を再現した状況を撮影した写真の3点から構成されるのであるから、「犯行状況」という立証趣旨(要証事実)との関連において各部分の性質を明らかにし、その性質に応じて証拠能力を付与する要件につき検討すべきである。この点についても著名な最高裁判例(最決平成17年9月27日刑集59巻7号753頁)があるところ、答案の中には、同判例の規範を機械的に記述するのみで本件への適切な当てはめができないものが相当数見受けられた。具体的には、上記3点を峻別して分析・検討することができない答案、写真につき機械的に記録したものであり、「非伝聞証拠」として証拠能力を認める答案などがこれに該当する。

また、【別紙1】の立証趣旨は「犯行状況」であるところ、これを前記判例のいう「犯行再現状況」と混同する答案も少なからずあり、これらの答案も、前記判例の内容を理解することなく表面的に暗記しているのではないかと危惧させるものである。

【別紙2】については、立証趣旨は「Wが犯行を目撃することが可能であったこと」であるから、司法警察員Pの説明部分及び写真は、犯行現場という場所の状態を五官の作用をもって明らかにしたものととして同項が規定する「検証の結果を記載した書面」の典型であること、Wの説明部分も、司法警察員Pが、実況見分の対象を特定するに至った動機・手段を明らかにするためのものであり、その内容の真実性を目的とするものではないことを端的に指摘して論じることができた答案は思いのほか少なかった。

なお、昨年、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ことを指摘したが、残念ながら、本年においても、複数の考査委員から、ほとんど改善が見られないとの指摘があったことを付言する。

### 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、【逮捕①】、【逮捕②】及び【差押え】の適法性について、事例中の法的問題を明確に意識し、各問題点ごとに制度趣旨と基本的な判例についての正確な理解に基づく確か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、分析しながら論じられた答案であり、設問2については、実況見分調書の証拠能力に関し、伝聞法則という証拠



法上の基本原則及びそれに関する基本判例を正確に理解して伝聞法則の例外の要件について、実況見分調書の各部分の性質を分析しつつ論じることができる答案であるが、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て分析することが望まれるような答案であり、設問2においては、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、実況見分調書の各部分を分析して当てはめることがやや不十分である答案である。

「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、具体的事実の抽出や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、伝聞証拠であるか否かは要証事実との関連において決せられることについて一応の論述がなされているものの、実況見分調書の各部分の性質の分析とそれに応じた当てはめができていないような答案である。

「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、【逮捕②】につき、同法212条第2項各号の該当性を明確に否定しながら、犯罪と犯人の明白性を肯定して適法とするような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、重要かつ基本的な判例法理をその射程範囲を含めて正確に理解す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、特殊又は例外的な事項ではなく、日常的に行われている捜査・公判の進行過程を俯瞰し、刑事訴訟法上の基本原則が、そこにいかなる形で現れているか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25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、これまでと同様、基本的な概念の理解、具体的な事案を分析し、法律の規律に的確に当てはめ、そ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の解決のための対応策を選択する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、フルペイアウト方式のファイナンス・リース契約の法的性質を明らかにした上で、再生手続開始後も目的物件を継続使用する旨の協議の機会をリース会社との間で確保するためにすべき申立てについて、約定による解除の意思表示がされる前後に分け、適切・的確に論ずることができるか（設問1）、再生計画で定められた事業譲渡について、再生債務者による実施を期待することができない状況下において、再生手続の帰すう及びその影響を踏まえて、当該事業譲渡の実行の方法及びその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、与えられた事例から、建設工事に係る元請負契約の請負人であり、かつ、下請契約の注文者の地位にある者について破産手続開始の決定があったという事実を正確に把握した上で、注文者（設問1）及び請負人（設問2）のそれぞれに対して破産手続が開始されたことに伴って生ずる請負契約の取扱い上の問題点をめぐり、的確な法的分析や規律の選択を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、解答の結論として求められている事項が再生債務者サイドの弁護士としてすべき申立てであることから、まず、フルペイアウト方式のファイナンス・リース契約の法的性質を論じた上で、その点に関する自説を踏まえて、民事再生法が用意する各種の申立ての中から検討すべき申立てを適切に抽出し、当該申立てが認められるための要件を定立して、事実を当てはめて結論付けるという論述を行うことが求められる。このような構成を論理的に展開することができた答案については、高い評価が与えられたが、そのような答案は少なかった。比較的多くの答案は、当該リース契約の法的性質について担保権付きの融資であるという結論は指摘していたものの、その理由付けを欠くか、又は理論的な筋が必ずしも通っていないものであった。フルペイアウト方式という名のとおり、目的物件の価値相当額の全額について使用者が支払義務を負う仕組みとなっていることが賃貸借契約との違いであり、それゆえにその実質が金融であって、解除が担保権の実行と評価することができるという論理を展開し、検討すべき申立てとして担保権の実行手続の中

中止命令（民事再生法第31条）の申立てを抽出して、担保権の実行（終了）の前後における違いを論ずるという流れが期待された（なお、解除については、いわゆる倒産解除条項に関する判例等を意識している答案が少なからず見られたが、当該判例との関係を論ずることは評価の対象として有益な事由となるものの、本件事案は具体的な債務不履行時の解除であるから、特段の根拠もなく当該判例の事案に係る条項と同視して無効と結論付けている答案は、説得力を欠くものと評価された。）。また、上記の中止命令の申立てに言及することなく、担保権消滅の許可の申立て（同法第148条第1項）についてのみ論じた答案が相当程度存在したが、このような答案は、「協議を行う機会を確保するため」という出題に正面から答えるという姿勢、さらには、これらの制度の趣旨ないし役割分担という基本的事項についての理解に疑問を感じさせるものであり、評価に差が生ずるポイントとなった。さらに、中止命令の申立てについて論じた答案の中にも、同法第31条の適用の検討に当たり、当該リース契約の法的性質に関する見解が同法第53条第1項に規定する担保権にその文言上当たらぬということを経験として、きちんと類推適用の可否として問題を設定している答案と、漫然と直接適用を経験として論じている答案とがあり、前者の答案は高い評価を与えることとなったが、条文を丁寧に読み込むという姿勢があるかどうかは分かれ目となったと考えられる。加えて、解答を求めた「裁判所における審理の方法に関する問題点」については、B社に対する必要的審尋の実施（同法第31条第2項）が解除権の行使の動機付けを高めてしまうという問題点及びその対応策について論ずることが期待されたが、この点を論じた答案は、ごく僅かであった。

設問2については、解答の結論として求められている事項が再生債権者としてすべき再生手続の廃止を避けるための申立てであることから、まず、廃止となることについて民事再生法の規定（同法第194条）を適切に摘示して根拠付けた上で、それを避けるべき必要性を論じ、民事再生法が用意する各種の申立ての中から検討すべき申立てを適切に抽出し、当該申立てが認められるための要件を定立して、事実を当てはめて結論付けるという論述を行うことが求められる。このような構成を論理的に展開することができた答案については、高い評価が与えられたが、そのような答案は少なかった。取り分け、問題の事案においては、廃止を避けなければ再生手続の目的（同法第1条）を実現することができず、そのためには再生計画で定められた事業譲渡を実施する必要があると考えられるため、再生債務者の関与なく再生計画で定められた事業譲渡を実行するために抽出すべき申立ては、結論的には管理命令（同法第64条）が唯一の実効性あるものであるということになる。それにもかかわらず、事業再生という目的と整合しない再生計画の取消し（同法第189条）を論じたり、再生計画の変更の申立て（同法第187条）を変更の内容を論ずることなく抽象的に述べたり、再生債務者のみが提出することのできる募集株式の発行にいわゆる100%減資を組み合わせた株主の入替えを内容とする再生計画案を検討したり、また、事業譲渡の実行について実効性を有しない監督委員の解任等を論ずるなどしたものも少なからず存在したが、そのような答案は、出題の趣旨を的確に捉えていないとの評価を行うこととなった。他方で、管理命令の申立てを的確に抽出した答案には、いきなりその検討に入るのではなく、管理命令の発令がDIP型の再生手続においては例外的な形態であることを踏まえ、まずは、事業譲

渡の実施に当たって必要となる株主総会決議による承認に代わる許可の申立て（同法第43条）から検討し、その申立権者が「再生債務者等」であることからそのままでは認められず、したがって管理命令の申立てが必要となるという論理を展開した答案や、管理命令の要件の検討を事案に即して丁寧に行っている答案もあったが、そのような答案は、高い評価をすることとなった（なお、再生債務者等の定義（同法第2条第2号）を考慮することなく（類推適用等の手法を用いることなく）、再生債権者が管理命令の申立権者に含まれるとの明文の規定を無視した独自の解釈を展開している答案も存在したが、そもそもの法律の構造、条文の読み方についての理解、能力に疑問を抱かざるを得ないものであった。）。また、事業譲渡についての裁判所の許可（同法第42条）について論じた答案は相当程度存在したが、再生計画の認可による代替（包摂）という問題点を意識したものは少なく、さらには、管財人による事業譲渡契約の締結まで配慮した答案は、極めて少なかった。

総じて、第1問については、問題において問われている事項に的確に解答しているかどうかで差が付くこととなった。問題文における指示は明確であり、基本的な概念・制度を正確に理解し、事案を丁寧に分析して、民事再生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・制度についての理解の正確さ、事案の分析の丁寧さ、民事再生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、本件下請契約が双方未履行の双務契約に当たるものの、請負契約であり、かつ、注文者の地位にあるX社について破産手続開始の決定がされていることから、(1)については、民法第642条の規律が適用される結果、Yの解除が同条第1項前段によるものであるという分析を行った上で、解除が出来高には及ばないことにも触れつつ、D社の有する請負代金請求権が破産債権となる（同項後段）という当てはめを行うという流れとなると考えられ、この流れを論理的に展開することができた答案については、高い評価が与えられたが、そのような答案は少なかった。本件下請契約が双方未履行の双務契約に当たることは、比較的多くの答案が指摘していた（ただし、未履行の債務の具体的な摘示を怠り、又は誤っているものが散見された。）。ものの、そのうち少なくない数の答案は、上記の民法の規定の問題であることを論ずることなく、破産法第53条の規律の問題であるとして論じており、ここで大きな差が付くこととなった。倒産法を学ぶ者にとって上記の民法の規定（破産法第53条との関係を含む。）は最も基本的なものであり、仮にこれに気付くことなく論じたのであれば、かなり問題があるものと言わざるを得ないであろう。民法第642条の問題であることを前提に検討をしている答案においても、解除の対象が出来高に及ばないことについてまで論じている答案は半数程度にとどまっており、ここでも差が付くこととなった。また、D社の有する請負代金請求権の行使方法については、規定どおりに破産債権とする答案のほか、利益衡量等に基づいて財団債権とする答案があったが、民法第642条第1項後段を適用していながら財団債権となる可能性を検討しているものがあり、このような答案は、同項後段の規定の意味を理解していないものと評価せざるを得ないであろう。(2)について

は、双方の解除権が放棄される等して消滅したことという「出題の趣旨」においても指摘している点についてまで分析した答案が極めて少ないながらも存在し、高い評価を行うこととなったが、ほとんどの答案は、破産法第53条第1項に基づき継続されることとなったと単純に論じていた（ただし、このような答案にも、一定程度の評価は行った。）。また、D社の有する請負代金請求権の行使方法については、相当程度の答案が比較的良好に分析することができていたということが出来るものの、破産手続の開始の前後で分けることなく論じている答案も散見され、そのような答案は、平板な答案にならざるを得ず、問題の所在の把握が不十分なものとの評価を行うこととなった。

設問2については、問題文においてYの解除が「破産法第53条第1項の規定に基づき」くものであることが明示されていたためか、(1)のA社の請負代金返還請求権の法的性質については、相当程度の答案が同法第54条第2項の問題として論ずることができており、一定の評価を与えることができたものの、その当てはめを含めた根拠付けについては、丁寧なものからごく簡単なものまで、様々であり、それが評価に差をもたらすものとなった。他方で、同項について何ら触れることなく、破産法第148条第1項第4号や第5号を論じたり、更には破産債権とする答案も少なくなかったが、取り分け、財団債権と解する立場に配慮せずに、説得的な根拠付けを行うことなく破産債権と結論付ける答案が一定数存在し、このような答案は低い評価とならざるを得なかった。(2)については、B銀行の求償債権が破産債権（同法第2条第5項）であるという前提はほとんどの答案が指摘することができていたが、残念ながら、代位によって取得することになるA社の請負代金返還請求権について(1)の検討において財団債権と位置付けておきながら、その比較について何ら問題意識を持たずに、同法第104条の適用についてのみ論じている答案が少なからずあり、ここで大きな差が付くこととなった。加えて、本問の事例からは問題とならないB銀行に対する預金債権を受働債権とする相殺について検討した答案が一定数目に付いたが、思い込みから知っている特定の論点に飛び付くのではなく、問題文をよく読み、事例からの的確に問題点を把握する姿勢を涵養する必要があると感じられた。

総じて、第2問については、破産手続開始の決定を受けたX社が元請負契約である本件請負契約においては請負人の地位にあり、かつ、下請契約である本件下請契約においては注文者の地位にあるという事実を正確に把握した上で、民法及び破産法の規定の適用を的確に選択することができたかどうか、また、各請求権の法的性質ないし権利行使の方法を論ずるに当たって、事例の事実関係を前提としつつ、論理的に適切な規律の解釈・当てはめを行うことができたかどうか等で差が付くこととなった。基礎的な概念・規定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・規定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・規定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

全体的に、法令の各条文が規定する要件への当てはめをおざなりにしている答案が非常に多いという印象を受けざるを得ず、法令の規定の解釈・適用に必要な作法が法科大学院教育において得られていないのではないかと危惧される場所である。

従来から指摘されていることではあるが、やはり、倒産法における基本的な概念・制度・規律について、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り、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25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

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、事例解析力と論理的思考力を重視して採点した。採点に当たっては、所得税法の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裁判員候補者及び裁判員の職務の理解、旅費、日当及び宿泊料の支給の性質の検討、事実摘示及び事実評価の適切さ、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を重視した。昨年までと同様に、論証の質を重視したのである。

全体的な印象としては、基本的な条文について、その趣旨までも含めた正確な理解ができていくかどうか、論述の正確性と分析の的確性を決めている。すなわち、法律の趣旨内容の理解の程度が、適用対象となる事実関係を観察する場合の「目のつけどころ」に影響し、最終的に論述の説得力に反映する。その意味でも、試験場に来る前に行っておくべきは、租税法の基本的な考え方と基本条文の定め背後にある趣旨の正確な理解に努めることであろう。

支給を受けた旅費、日当及び宿泊料が課税所得を構成するかについては、所得税法が所得概念を包括的に構成しており、法令上の非課税規定がない限り、原則として純資産の増加を課税の対象としていることを明示的に指摘するものは必ずしも多くなかったものの、多くの答案はこのことを暗黙の前提としていた。問題は、これらの支給のうち実費弁償的な性格を有するものについて、それが本当に課税所得であるといえるかである。この点については、後述する所得分類の論点についてこれらの支給を給与所得と解する答案のほとんどは、支給された旅費を「通勤手当（これに類するものを含む。）（所得税法第9条第1項第5号）」に当たるとしていた。中には、支給された宿泊料もこれに当たるとするものも散見されたが、「通勤手当（これに類するものを含む。）」という文理の範囲を超えている。なお、旅行費（所得税法第9条第1項第4号）や制服等（所得税法第9条第1項第6号）に関する非課税規定の類推適用を論ずる答案もあった。

所得分類については、多くの答案が、各種所得への該当性の判断基準を、判例の準則に依拠しつつほぼ正確に述べていた。これに対し、当てはめの結論としては、給与所得に当たるとするもの、一時所得に当たるとするもの、雑所得に当たるとするものに大きく分かれた。また、裁判員候補者として受けた支給と裁判員として受けた支給で区別するものや、日当、旅費及び宿泊料のそれぞれについて区別するものなど、幾つかのパターンに分かれた。この点については、余り機械的に個別まちまちの取扱いとすることが果たして適切かという問題がある。しかし、先に述べたように、結論それ自体によって評価に差を付けるのではなく、論証の質を重視して

評価を与えた。例えば、給与所得の該当性判断に際して、労務の提供の対価であるか、空間的・時間的拘束があるかなどの考慮要素を説得的に摘示しているか否か、あるいは、一時所得の該当性判断に際して、役務の対価としての性質の有無などを説得的に示しているか否か、というような点である。また、雑所得に当たるのはあくまで他の各種所得に該当しない場合であることから、所得分類を論ずる順序としても、先に給与所得等への該当性を論じたのち、それらについて消極の結論に至って初めて雑所得について論ずるといったステップを踏んでいるか、というような点である。

所得分類に関連して付言すれば、最初に給与所得とか雑所得とかに結論を「決め打ち」してしまい、問題文の中から「決め打ち」した結論に合うところだけを拾ったのではないかと思われるような記述になっている答案が散見された。これでは説得力のある答案になりにくい。これに対し、相反するように見える事実関係をもうまく評価して結論に至っている答案には、なかなか説得力があった。中には、裁判員法をよく読んで、この事例で問題になっている裁判員候補者及び裁判員のみならず、補充裁判員も旅費、日当及び宿泊料を受けると法定されていることに触れる答案もあった。このような点にまで気が付いた人は、裁判員が受ける日当等の性質の評価において、過度に裁判員候補者や補充裁判員が行うことのない職務（審理への参加）の意味を重視することには、疑問が湧くのではないだろうか。

支出したホテル代の扱いについては、受けた支給の所得分類について給与所得とする答案のほとんどが、給与所得については必要経費の実額控除が認められておらず、法定概算控除としての給与所得控除が認められることを正確に指摘していた。さらに、特定支出控除に触れる答案も見られた。これに対し、雑所得とする答案の多くは必要経費控除の可否を論じており、その中には事実関係に即して丁寧に当てはめを行うものがあった。なお、問題文では、支出したものを「ホテル代」と記述し、支給を受けたものを「宿泊費」と記述している。従って、必要経費控除が問題になるのは「ホテル代」であり、収入金額への計上が問題になるのは「宿泊費」である。多くの答案は問題文を正確に読み取ってその用語法に忠実に従いつつ当てはめを行っていたが、少数ながら両者を混同する答案も見られた。

第1問の採点の結果、全体を通してみると、ほぼ想定通りの分布となったが、「良好」よりも「一応の水準」に該当する答案の割合のほうがやや多かった。

## (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及び視点に即して、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適切に指摘しているか、さらにその内容を正確に理解しているかを重視した。見解に対立がある論点については、理論的に明らかに誤っている場合は別として、結論の当否そのものよりもその結論に至る論証を重視し、結論の差異によって評価に差を設けるようなことはしなかった。採点結果の概要及び実感は以下のとおりである。

設問1は、必要経費と損金という類似した2つの概念の異同を問う問題であるところ、ほとんどの答案は、必要経費については所得税法第37条を、損金については法人税法第22条第3項をそれぞれ指摘しており、適切であった。また、両者の「同」の部分についても、費用の控除が投下資本の回収に該当することを適切に指



摘した答案が多かった。これに対し、両者の「異」の部分については、所得税法第37条と法人税法第22条第3項を対比すれば、損失及び資本等取引について扱いが異なり、また、設問2から所得税については家事費が存在することが分かると考え、この3点だけでもその理由も含めて論じてくれるものと期待していた。しかし、この3点全てを指摘した答案がほとんどなかった。半数くらいの答案は、上記3点のうちの損失の取扱いの違いだけを指摘しており、その理由を含めて説得的に論証していた答案が少なからずあったが、理由が全く記載されていない答案もかなりの数あった。

設問2は、必要経費の判断基準とその当てはめの問題であり、判断基準を自ら定立した上で、事案に当てはめることを求めているが、ほぼ全ての答案はこの論理の流れに沿って記述されており、適切であった。

そのうち、①の講演会参加費等の各支出の必要経費該当性について、受験生の見解としては、甲説（全て必要経費に算入できるという説）、乙説（講演会参加費及び懇親会は必要経費に算入できるという説）、丙説（講演会参加費だけ必要経費に算入できるという説）及び丁説（全て必要経費に算入できないという説）の4説に分かれた。受験生の中の多数説は乙説であったが、前述のようにどの見解を採用しても、論理的で説得力があれば、評価に差を設けることはしなかった。論証のポイントは、「出題の趣旨」でも述べたとおり、必要経費とは認められない家事費（及び家事関連費）との区別であるところ、それを明示した上で論証した答案が少なかった。また、本問は、特定の収入との対応関係が明確ではない一般対応（間接対応・期間対応）の必要経費性が問題となっているのに、個別対応（直接対応・客体対応）の必要経費についての要件該当性を検討している答案が散見された。また、必要経費の要件を条文に即してではなく、単に記憶に頼って記述している答案も散見された。

②の脱税工作のための支出については、受験生の見解としては、甲説（必要経費に算入できるという説）、乙説（必要経費に算入できないという説）が、およそ半分ずつに分かれており、乙説については、乙1説（収益を生み出すものではないから費用に該当しないという説）と乙2説（費用には該当するが、それを必要経費と認めることは公序に反するという説）に分かれた。多くの答案は、脱税工作のための支出という違法支出について、果たして必要経費に算入することを認めて良いかという問題意識を持つとともに、それを違法収入も課税所得となることとの対比で検討している答案もかなりの数あり、問題の所在を適切に理解していたといえる。

Aが法人である場合については、法人税法第22条第4項の公正処理基準から、損金に算入できないという見解と、法人税法第55条第1項を指摘して、損金に算入できないという見解に分かれ、後者の見解が多かった。しかし、法人税法第55条は、平成18年度改正により新設された規定であるところ、本件は、平成14年の所得が問題となる事案であったため、同条の適用のある事案ではない。この点を適切に指摘した答案は極めて少なかった。また、法人税法第22条第4項の問題として議論する場合には、最高裁判所平成6年9月16日第三小法廷決定（刑集48巻6号357頁）に言及して論じることを期待していたが、同決定に言及した答案も極めて少なかった。

設問3については、まず、過納金及び還付加算金の課税所得該当性を個別に検討

することとなる。「出題の趣旨」でも述べたように、過納金については、納税者に還付されることによって経済的価値が流入しているが、所得税を納付しても所得金額に影響を及ぼすことがないこと（所得税法第45条第1項第2号）を踏まえて、納付した所得税が過納金として還付された場合に所得金額に影響を及ぼすかを検討する必要がある。そうすれば、還付される過納金は、課税所得とはなり得ないことが理解できたと思うし、常識的に考えても、過納金の受還付は、納め過ぎた税金を返してもらっただけなのに、返ってくる税金に更に税金が課されるというのは不合理ではないかと思われる。ところが、過納金の還付も経済的価値の流入であるから課税されるとした答案や、さらには課税所得性を全く問題にしないまま所得分類を判断する答案が半数以上もあった。還付される過納金には課税されないとした答案についても、所得税法第45条第1項第2号を指摘して論じた答案は少なかった。また、還付加算金については、過納金との区別を意識した答案は少なく、利子的な性格があると指摘した答案は更に少なかった。利子的な性格があることを指摘した答案でも、所得区分については、過納金とともに一時に還付されることから、一時所得とした答案がほとんどであった。しかし、還付加算金が利子的な性格があるとすると、一時的・偶発的な利得とはいえ、対価性のない一時所得と考えるのは困難ではないかと思われる。なお、過納金と還付加算金を合わせて「過納金等」と表現し、両者を区別せずに論じている答案もかなりあった。

○税理士に支払った報酬の必要経費該当性については、①還付加算金を稼得するための必要経費と考え得るか、また、②不動産所得を稼得するための必要経費と考え得るかの両面から検討して欲しかったが、ほとんどの答案は①のみを検討し、②を検討した答案は極めて少なかった。①を検討するに当たっても、還付加算金が利子的な性格を有することを踏まえた上で、設問2で定立した必要経費の判断基準に従って丁寧に論じた答案は少なかった。

第2問の採点の結果、「優秀」、「良好」、「不良」に該当する答案の割合が少なく、「一応の水準」に該当する答案の割合が多かった。「不良」に該当する答案が少なかった理由は設問2の解答がそれなりの水準に達している答案が多数であったことによるものであり、「優秀」及び「良好」に該当する答案が少なかった理由は、設問3の出来が余り良くなかったことに影響しているものと思われる。第2問全体を通じて、設問3の出来不出来が「良好」と「一応の水準」とのいずれのカテゴリーに入るかの分かれ目となったものと思われる。

### 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す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

今年も、第2問の設問1及び設問2において、法人税法に関する問題を出題した。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。

また、今後も、事例中心の出題である点は変化はないと思われるから、法科大学院

においては、所得税法及びこれに関連する法人税法に関して、条文や制度の内容を機械的に覚えるのではなく、そのような条文や制度内容の趣旨・目的、所得税制における位置付けを含めた理解をするように努め、そのような学習を基礎にして、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、事案をあるがままに読み取って分析するのではなく、自己が覚えているキーワードに当てはまりそうな部分だけを問題文から機械的に切り取って論じていると思われる答案がかなりあった。このような答案は、論証が一面的になってしまい説得力に欠けることとなる。このような答案となってしまう理由は、条文の背後にある趣旨をしっかりと理解することなく、単にキーワードだけを暗記するような勉強をしているからである可能性がある。

実務法曹にとって最も大切な資質の一つが、個別具体的な事案において特定の結論を採用してよいかどうかを、突き詰めて考える姿勢である。司法試験の答案の作成においても、事案を全体的に見た場合に、結論の座りの良さは何かを悩みつづ法の解釈適用をするという姿勢を見せることも大切ではないかと思う。

なお、前記2(2)で述べたように、第2問の答案で、過納金と還付加算金の区別がっていない答案が散見された。所得税法及び法人税法のみならず国税通則法についても最低限の理解が必要であることは言うまでもない。

## 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前記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、自動車部品のメーカーX社が、部品甲の新製造方法 $\alpha$ のノウハウ技術を他のメーカーにライセンスするに際し、 $\alpha$ 専用の製造装置をY社から購入することを義務付ける行為について、独占禁止法第19条が禁止する不公正な取引方法たる抱き合わせ販売等（一般指定第10項）の該当性を問うものであり、①このような行為が市場における競争に与える影響を洞察する見地から事例を的確に分析し、X社が主たる商品の供給をてことして抱き合わせられる商品（従たる商品）の購入を余儀なくさせる事実関係を指摘した上、②独占禁止法の基本的概念や要件に関する正確な理解に基づいて、一般指定第10項「不当に」の文言から公正競争阻害性の要件が導かれることを正確に指摘するとともに、競争減殺が生じ得る一定の取引分野を適切な方法で画定し、③重要な事実（新製造方法 $\alpha$ が、旧製造方法に比して、甲の品質を大きく向上させ、製造コストも大幅に削減させること、短期間のうちに旧製造方法に取って代わると見込まれること等）を拾い出して、的確な当てはめを行うことにより、競争減殺の有無を論理的かつ説得的に論じ、④目的の正当性及び手段の相当性を見地から正当化事由の有無を具体的に検討することができているかを見た。なお、公正競争阻害性については、これをもって競争手段の不公正さと解することもできるが、その場合も、具体的な事実関係を丁寧に検討して、能率競争への影響や選択の自由への侵害の有無を論理的かつ説得的に論じる必要があり、これを評価の対象とした。また、本問では、排除条件付取引（一般指定第11項）、拘束条件付取引（同第12項）、排除型私的独占（独占禁止法第3条）の該当性を論じること考えられるが、その場合も、基本的には抱き合わせ販売等について先に述べたところと同様の視点から評価を行った。ただし、排除型私的独占を論じる場合には、本問の事実関係で、競争減殺にとどまらず、実質的な競争制限までも認めることができるか十分に論じる必要があり、採点に当たっては、この点に着目して評価を行った。

第2問は、水上スポーツ用の船舶である乙のメーカー5社及び販売店のほとんど全てが加入する事業者団体Aが実施しようとしている、乙の安全・事故対策のための対策要綱(1)及び(2)が、独占禁止法第8条第4号が規定する構成事業者の機能又は活動の不当な制限の禁止に該当するか否かを問うものである。まず、乙の耐用年限を一律5年とする対策要綱(1)については、①乙の製造・販売分野における、メーカー間の耐用年限をめぐる競争を制限する効果を持ち得ることを指摘し、その具体的な考慮要素を正確に拾い出して検討しているか、また、②転覆・衝突事故の防止という観点からの正当化事由の有無を、関連する諸事情を考慮して総合的に検討しているかを見た。このうち、①については、メーカーの合計シェアの高さ、従来のユーザーの平均使用期間が約8年であること、メーカーの従来の耐用年限がいずれも5年程度であること、基準の遵守は強制されていないことなどの事情を考慮して、5年より長い耐用年限の乙を製造・販売しないという協調行動を生じさせる可能性を的確に検討しているか、また②については、事故原因が乙の経年劣化にあること、5、6年を経過する頃から事故発生率が上昇するというデータが存在することなどの事情を考慮して、目的の正当性及び手段の相当性の存否を論理的かつ説得的に論じているかを見た。

次に、対策要綱(2)については、①商品付帯賠償責任保険Wを乙に付帯して販売することを義務付けることにより、乙の製造・販売分野において、保険を付帯して販売するか否かというメーカー間の販売方法をめぐる競争を制限することを正確に理解し検討しているか、及び、②損害賠償をめぐるトラブルの防止という観点からの正当化事由の有無を関連する諸事情を考慮して総合的に検討しているかを見た。このうち、①については、メーカーの合計シェアの高さ、付帯を義務付けていることなどの考慮要素を正確に拾い出して検討しているか、本件行為は抱き合わせ販売には該当しないことを理解した上で解答しているかを見た。また②については、本件行為が事故被害者の救済とユーザー利便の向上に資するものであること、保険期間が1年と短期であること、メーカーによる保険会社の選択は自由であることなどの事情を考慮して、目的の正当性及び手段の相当性の存否を論理的かつ説得的に検討しているかを見た。

### 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、抱き合わせ販売等の該当性を論じていたほか、抱き合わせ販売等に併せ、又はそれに代えて、排除条件付取引、拘束条件付取引又は排除型私的独占を論じ、一定の取引分野の画定、成立要件の検討、事実の当てはめ、正当化事由の検討を行って、おおむね出題の趣旨に即した論じ方をしていた。なお、独占禁止法第21条の適用いかに重点を置き、上記抱き合わせ販売等その他の該当性や正当化の許否を十分に論じない答案が見受けられたが、不正競争防止法上の営業秘密たるノウハウ技術に同条が適用されないことに争いはなく、そうした答案は出題の趣旨に沿うものではなかった。

第2問については、多くの答案が、出題の趣旨に即して、独占禁止法第8条第4号の該当性を検討していたが、同条第1号の該当性を否定するのみで、同条第4号の該当性を検討しない答案も見られた。また、対策要綱(2)について、同条第4号の該当性を検討せずに同条第5号(抱き合わせ販売)の該当性のみを検討する答案も少なからず見られた。さらに、同法第8条ではなく、同法第3条の該当性のみを検討する答案も見られた。

(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、多くの答案において、一定の取引分野の画定方法、各制度の要件など、基本的な知識に関しては、出題時に予定していた解答水準と実際の解答水準との間に大きな差異は認められなかった。もっとも、例えば一般指定第10項にいう「不当に」の解釈を誤るなど、基本的な理解が不十分であることを示す答案も少なくなかった。また、本問では、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、各事実の意味を正確に把握して、説得的に論述することを期待したが、各制度の成立要件等の説明に終始し、事案に即した事実の検討を十分に行わない答案も散見された。

第2問については、独占禁止法第8条第4号を指摘した上で、公正競争阻害性及び正当化事由を中心に論じる答案が多いと考えていたが、予想以上に、公正競争阻害性自体を否定して正当化事由の有無を検討しない答案が多く見られた。また、公正競争阻害性については、市場を画定し、問題文の事実を摘示した上で、競争制限効果を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った。具体的には、市場画定を行わずに競争制限効果を論じるものや、正当化事由について結論を述べるのみで問題文の事実を摘示した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、抱き合わせ販売等その他の趣旨及び要件に関する正確な理解を示した上、問題文から重要な事実を拾い出して的確な当てはめと十分な理由付けを行い、正当化事由の有無まで説得的な論述がなされているものとし、「良好」な答案は、比較的論述は薄いものの、必要な論点を網羅した上で、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ために必要なポイントのうち、幾つかのポイントを欠くものとした。また、「不良」の答案は、条文解釈や成立要件に関する基本的な理解を欠き、本問の論点を拾うことができず、問題文が示す事実関係に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、事業者団体性、団体の行為性、公正競争阻害性、正当化事由について、問題文に含まれた認定に必要不可欠な事実を適切かつ丁寧に拾い出し、当てはめが的確になされているものとし、「良好」な答案は、比較的論述は薄いものの、必要な論点を網羅した上で、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ために必要なポイントのうち、幾つかのポイントを欠くものとした。また、「不良」の答案は、独占禁止法第8条第4号の条文を抽出できずに論点をきちんと拾えず、出題意図を離れた論述をしているものとした。

なお、これらは各水準に属する答案の一例で、採点に当たっては、総合的な能力の判定にも配慮しており、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、出題の趣旨を正確に理解し、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へ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25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 採点方針等

#### (1) 第1問

第1問は、職務発明、先使用、冒認出願・共同出願違反となり得る可能性を含む事例を基に、特許権に基づく差止請求訴訟において想定される抗弁、再抗弁（対抗主張）の摘示及びその妥当性を問い、さらに、その発展した問題として、特許権の移転請求の成否を問う問題であり、複雑な事例の内容を正確に把握し、論点を的確に抽出する事案分析能力、抽出した論点につき、抗弁と再抗弁を判断し、裁判例がある論点については、それを踏まえた法解釈とその適用に関する思考力・応用力及びその論述能力を試そうとするものである。

設問1は、Yの主張し得る抗弁として、職務発明による法定通常実施権、先使用に基づく通常実施権、冒認出願（又は共同出願違反）を理由とする無効の抗弁に言及することが「一応の水準」と評価されるラインである。それぞれの抗弁の論証に当たっては、職務発明による法定通常実施権については、特許法第35条第1項の文言に照らし、特許を受けたXが方法1に係る特許を受ける権利を有効に承継していなかった場合でもなおYに法定通常実施権が成立し得るのかとの問題、先使用に基づく通常実施権については、方法1はXに特許を受ける権利を譲渡した乙による職務発明であるため、Yが同法第79条所定の「特許出願に係る発明の内容を知らないでその発明をした者から知得した者」に当たるのかとの問題、方法2に関しては、発明思想説か実施形式説かといった先使用権の範囲に関する問題があり、さらに、無効の抗弁については、本件特許が同法第123条第1項第6号に当たるのか同項第2号（共同出願違反）に当たるのかという問題、Xが乙から有効に特許を受ける権利を譲り受けたと思われる方法2に関しても冒認出願といえるのかという問題があるところ、これらについて問題点を的確に指摘した上で論述されていれば、「良好」又は「優秀」と評価した。

設問2は、冒認出願を理由とする無効の抗弁に対する訂正の対抗主張に触れることが「一応の水準」である。そして、訂正の対抗主張が認められる要件につき、裁判例の示す基準などを念頭において丁寧に論じていれば、「良好」又は「優秀」と評価した。なお、訂正の対抗主張の要件として、訂正審判請求又は訂正請求をしたことが必要であると解し、職務発明による法定通常実施権を抗弁として認める立場を採ると、通常実施権者であるYの承諾のないXによる訂正審判請求若しくは訂正請求の適法性（特許法第127条、同法第134条の2第9項）が問題となり得ることから、これについて触れていれば、より高く評価した。

設問3は、特許法第74条の要件を検討し、全部移転請求が可能かについて触れ、持分の移転請求の可否について言及した上で、持分の移転請求が可能であり本件特許がXとYとの共有となると論述する場合は、Yの差止請求につき同法第73条第2項又は同法第79条の2による実施権の成否に触れることが「一応の水準」であり、これらの規定の適用の可能性を指摘した上で自説を論じていれば、「良好」又



は「優秀」と評価した。

(2) 第2問

第2問は、二次的著作物の原作者の権利（著作権法第28条）の範囲、美術等の著作物の展示に伴う複製に関する権利制限（同法第47条）の成否、引用（同法第32条第1項）の成否、いわゆる応用美術の問題など、いずれも著作権法の基礎的かつ重要な論点であって、裁判例の集積のなされている問題についての基礎的な理解を問うとともに、長文の設問からの確に論点を抽出する事案分析能力、抽出した論点について、判例を踏まえた法解釈とその適用に関する思考力、応用力及びその論述能力を試そうとするものである。

設問1は、著作権法第28条の適用の可否に触れることが「一応の水準」と評価されるラインである。その上で、まず、本件漫画が本件小説の二次的著作物に当たるか否か、本件アニメが本件漫画の二次的著作物に当たるか否かについて、翻案の要件につき、判例（最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁【江差追分】）の基準を踏まえて分析した上、DVDの製造・販売というCの行為が著作権法上のどの支分権の侵害として問題となるかを明確にし、同条の解釈として、原作者の権利がどこまで及ぶのかにつき、判例（最判平成13年10月25日判時1767号115頁【キャンディ・キャンディ】）を踏まえつつ自説を展開して、双方の主張の妥当性に言及できていれば、「良好」又は「優秀」と評価した。

設問2については、まず、BはDに対してどのような支分権の侵害を理由として差止めを求めることができるかを明確にし、次に、Dの反論として、著作権法第47条及び同法第32条第1項の適用の可否に触れることが「一応の水準」と評価されるラインである。その上で、本件パンフレットが「小冊子」に該当するか否かについて、裁判例の判断基準を念頭に置きながら「小冊子」の意義を明らかにし、それを事案に当てはめて双方の主張の妥当性を論じ、さらに、本件パンフレット及び本件チケットについて引用（同項）の成否が問題となることを指摘した上で、引用の要件につき、判例（最判昭和55年3月28日民集34巻3号244頁【パロディ】）の判断基準を念頭に置きつつ自説を論じて事案への当てはめができていれば、「良好」又は「優秀」との評価を、さらに、本件チケットについては、引用する側の作品に著作物性がない場合でも同項が適用されるかにつき議論があることから、この論点に言及できていれば、「優秀」との評価をした。

設問3については、本件フィギュアの著作物性が問題となることから、いわゆる応用美術の問題に触れることが、「一応の水準」と評価されるラインである。その上で、意匠法との関係など、応用美術の問題点を指摘し、それに関する裁判例の示す基準を念頭に置きつつ、事案に当てはめ、本件フィギュアの著作物性を論じていれば、「良好」又は「優秀」と評価した。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 総評

全体として、十分な論述がされていると評価できる答案は少なかった。事例がやや複雑であったことや、平成23年特許法改正によって導入された新制度についての理解を問うものであったことから、難易度が高いとの印象があったかもし

れないが、特許を受ける権利の譲渡に係る要件や侵害主張に対する基本的な抗弁についての正確な理解の下で、各抗弁の成否を全般的に論じていれば十分な論述と認めることができたものである。しかし、実際にそのような論述ができている答案は少なく、基礎的な理解が不足し、あるいは論証が不十分な答案が多かった。

#### イ 設問 1

##### (7) 全体

Yが主張し得る抗弁の一部だけを論じ、他の抗弁について検討していない答案が思いのほか多かった。裁判実務等においては、考え得る複数の抗弁についてできるだけ検討を行うことが必要であり、特段の理由なく一部の抗弁だけを取り上げて論じるにとどまった答案は、他の抗弁を活用する力を十分に身に付けていないと評価されることに留意されたい。

##### (イ) 職務発明による法定通常実施権

方法1に関して、職務発明による法定通常実施権について言及する答案が少なかった。この成否自体に議論の余地があるとしても、言及すらなされていないのでは、職務発明制度全体についての理解が十分でないとして評価せざるを得ない。

##### (ウ) 先使用に基づく通常実施権

先使用に基づく通常実施権については、方法1に関してこれを論ぜず、方法2に関してだけ論じる答案が多かった。論点のみに飛び付くことなく、基本的な事項を押さえた論述を心掛けてほしい。

出願前に既に「実施」されている方法1に関して「事業の準備」の有無を論じる答案や、「事業の準備」の有無に関して、秘密裏の実施であったことを理由に、即時実施の意図が「客観的に認識できない。」と述べて先使用権の成立を否定する答案などが散見された。そのような答案は、特許法第79条の要件の基本的な理解に疑問を感じさせる。方法2に関しては、方法1の先使用によって成立する先使用権の範囲が問題となるように意図して出題したが、方法1の実施が方法2の事業の準備に当たるか否かという枠組みで論じる答案がかなりあった。ウォーキングビーム事件最高裁判例（最判昭和61年10月3日民集40巻6号1068頁）等での争点を十分に理解していないように思われる。

最高裁の示した、実施形式に具現された発明の範囲という抽象的な基準を具体的事案に適用するに当たり、答案の中には、方法2の効果が方法1よりも優れているという、効果面の優越性だけから先使用権が及ぶことを否定してしまう答案が多数あった。効果の違いだけに拘泥すべきではなく、解決手段の選択において両方法の間に技術思想としての違いがあったといえるかを論じる必要がある。

##### (エ) 無効の抗弁

Yが方法1を実施していたことによる新規性・進歩性欠如を理由とする無効の抗弁を論じる答案が多かった。Yは秘密裏に方法1の使用を行っていたものであり、新規性・進歩性欠如が問題とならないことは明らかである。

また、方法1に関して無効の抗弁を論じていながら、方法2ではそれに触れない答案が多く見られた。その結果、設問2において訂正の対抗主張の論点を落とすこととなっていた。

方法1に係る特許を受ける権利について、XとYへの二重譲渡の対抗問題であると解し、Yが出願していないのでXに権利を対抗できないとする答案や、Xの背信的悪意者該当性を論じる答案が予想外に多かった。他方、甲の同意の欠缺を理由とせず、既に甲乙から特許を受ける権利がYに譲渡されてしまっているから、Xにはもはや譲渡できないとした答案も少なからず存在した。このような答案は、民法の基本的な理解を疑わしめるものである。

#### ウ 設問2

設問2は設問1を受けたものであるにもかかわらず、設問1との関連性を考慮しない答案が少なくなかった。訂正の対抗主張に全く言及しない答案が多く、訂正の対抗主張に言及する答案でも、その要件について全くあるいはほとんど言及しない答案も相当数あった。上記要件について論じることは、実務家として必要な応用力である。適切に論述した答案も少なからずあり、大きく差が付いたところである。

特許法第35条第1項の通常実施権者が存在する場合には、訂正に通常実施権者の承諾が必要とされている（同法第127条）ことから、Yの承諾を得ない違法な訂正手続を理由とする対抗主張が許されるかについての論述がなされていればより高く評価することとしていたが、実際に論述した答案はなかった。

#### エ 設問3

十分な論証ができていない答案は少なかった。平成23年特許法改正による新制度を題材にした設問であるが、特許法に関する基本事項の理解があれば十分に解答ができる問題であり、身に付いている基本的な知見を活用して、論理的に自分なりの結論を出すことが望まれる。

特許法第74条はもちろんのこと、同法第123条第1項第6号及び同項第2号との関係をきちんと論じない答案、単に同法第34条第1項を根拠に、YはXに対して特許を受ける権利の承継を対抗できないから、特許権の移転請求ができないとだけ論ずる答案が散見され、特許法の基本的理解が不十分であると感じられた。

YからXに対する移転請求の具体的な内容が曖昧な答案も多かった。例えば「方法1の持分のみを移転請求できる」といった論述では、どのような移転登録請求を求める趣旨なのか理解できない。

YのXに対する差止請求の可否に関し、Xが本件特許についてYとの共有者となることを認めながら、特許法第73条第2項の共有者の実施権に言及せず、同法第79条の2の通常実施権のみを論じた答案が少なからずあった。同法第73条第2項を認識していなかったのであれば、基本的な事項についての理解が足りないと云わざるを得ない。

共有者の実施権に基づき、Yの差止請求が認められないと記載した答案は、それで一応十分であるものの、さらに、その結果が妥当なのかどうかを検討することが望ましい。しかし、そのような検討を行う答案は少なかった。

### (2) 第2問

#### ア 総評

第1問と比較すると、一応の水準を満たしていると評価できる答案が多かった。一方で、途中で中断したと思われる答案も非常に目立った。また、著作者人格権

は設問から除かれているにもかかわらず、これに言及し、中には同一性保持権侵害を長々と論じる答案が複数あった。何が問われているかを的確に把握し、論述すべきである。

#### イ 設問 1

以前に比べ、支分権のいずれが問題となるかについて意識した論述が多くなった点は評価できるが、それぞれの支分権によっていかなる行為が禁止されるかについての理解が今なお不十分と思われた。本件アニメが本件小説あるいは本件漫画についてAが有する「翻案権」を侵害するとのみ述べるものが多数存在した。しかし、設問1で問われているのは、本件アニメのDVDの製造・販売行為の差止請求の可否であり、本件アニメ自体の制作行為に対する差止請求の可否ではない。したがって、本件アニメの複製権及び頒布権についてAが権利主張できるか否かまで論じる必要がある。また、本件漫画の主人公の絵柄にAの原作者の権利を認め、その絵柄が本件アニメのDVDに複製されているとして、Aの複製権のほか、「譲渡権」侵害を主張する答案が複数あった。この論旨による場合であっても、著作権法第26条第2項により、Aが主張すべき権利は映画の著作物についての「頒布権」である。また、本件アニメについて、原作者と本件アニメ（二次的著作物）の作者によって著作権が共有されていると述べる答案が散見されたが、同法第28条が適用される場合には、原作者の権利と二次的著作物の作者の権利はそれぞれ併存するというのが通説的な理解であり、このような答案については基本的な理解が乏しいと評価せざるを得ない。

指標となる「翻案」の定義については、多くの答案でおおむね最高裁判例に従った記述がなされており評価できた。しかし、本件小説から本件漫画、本件漫画から本件アニメ、本件小説から本件アニメのそれぞれの関係について翻案の有無を検討すべきところ、多くの答案で、これらの一部の関係だけを取り上げて翻案を判断するにとどまるものが多かった。

翻案に関して、本件アニメが本件小説の翻案物であることを、いささか安易に認定してしまっている答案が多かった。一般的には小説において言語で記述されているに過ぎない主人公の特徴自体は、アイディアの域にとどまり、具体的な表現とまでは考え難い場合が多いと思われるので、本件小説の表現上の本質的特徴を本件アニメから直接感得できるという判断は慎重に行うべきであろう。

本件アニメが本件漫画を介した本件小説の二次的著作物に該当し、著作権法第28条によってAがCの有する権利と同一の種類の権利を有するか否かについては、大半の答案が触れていた。しかし、同条に全く言及せず、本件漫画は独立したBの著作物であり、Bの承諾がある以上、Aの権利を侵害するものではないとの答案もあった。また、同条に言及する答案の中でも、判例を踏まえて、原著作物の表現上の本質的特徴を直接感得できる部分にだけ適用され得るのか否かについて同条の要件解釈を展開する答案は少なかった。「著作権法第28条を適用すると原作者の権利が広くなりすぎて不当」といった理由だけで結論付ける答案が多かったが、これだけでは問題提起にはなり得ても、法解釈論とはいえない。

武将αのキャラクターの著作物性に言及し、キャラクターは抽象的な概念であって具体的な表現ではないとする答案が多かったが、中には、キャラクターを絵画の著作物に当たるとする答案もあった。

#### ウ 設問2

展示権侵害を肯定する答案があったが、本件では原画の所有者の承諾があるから誤りである。逆に、所有者の同意がない場合でも著作権法47条が適用できるとの答案もあったが、展示権侵害のないことが同条の要件である。

本件原画の複製について、著作権法第47条の適用を論じた答案は多かった一方、そもそも同条に全く触れてない答案が少なからず存在した。同条の適用に当たっては、同条の小冊子に該当するか否かについて、同条の趣旨を踏まえた判断基準を定立し、事案への当てはめを行う必要がある。この点、判断基準が曖昧なまま、結論を導いている答案が散見された。また、本件パンフレットが有償配布であることを理由として同条の適用を否定する答案があったが、有償性は小冊子該当性の判断に決定的ではないと解されている。なお、本件パンフレットと本件チケットは、漫画の原画の利用状況が相違するのに、その相違を考慮せずに、両者を同一に論述する答案が少なくなかった。本件チケットについて同条の適用を肯定する答案もあったが、本件チケットが「小冊子」に該当することは困難というべきである。

また、本件原画の複製については、著作権法第32条第1項の引用該当性が問題となるが、引用の抗弁に全く言及しない答案がかなり多かった。引用該当性を論ずる答案についても、その要件を列挙して当てはめを行ってはいるが、引用する側の著作物性が必要であるか否かを論じている答案は少数であった。この点は、引用について論じた著名な裁判例で明示的に議論されているところであり、仮に引用する側の著作物性は不要であるとの立場に立つとしても、論述すべきである。

#### エ 設問3

応用美術の論点は多くの答案が触れていたものの、この問題に全く言及しない答案も少なくなかったのは予想外であった。本件フィギュアの著作物性の認定に当たって、大量生産品の応用美術であることをア priori に問題とする答案が多く、意匠法等の他の産業財産権法や不正競争防止法との適用範囲の棲み分けを考える必要性から論証を始める答案は少なかった。本件フィギュアについて、問題文の記載のみから、純粋美術と同視し得る程度の美的創作性を肯定し、美術の著作物に当たると断定する答案がほとんどであった。美術の著作物と認められない場合においてもなお、BやEがFに対して権利行使が可能であるか否かについての検討が行われることを想定していたが、この点を論述する答案はほとんどなかった。

BのFに対する請求については、ほとんどの答案が著作権法第28条に言及していたが、本件漫画に係る複製権又は翻案権の侵害に言及する答案はほとんどなかった。

Fの製造した本件おまけにつき私的複製（著作権法第30条）を論じる答案、消尽を論じる答案、本件フィギュアに同法第46条第1号や同条第4号の該当性を論じる答案や同法第38条第4項（営利目的のない貸与）に言及する答案が散見されたが、何れも誤りである。

#### 4 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、条文、判例及び学説の正確な理解に基づき、事案分析力、論理的思考力を試す出題を継続することとしたい。

#### 5 今後の法科大学院教育に求められるもの

第1問について、Yの主張し得る抗弁としてどのようなものがあるかにつき網羅的な検討をしないで、特定の抗弁のみを取り上げて論述する答案が多く見られたことは採点実感に記載したとおりであるが、新規性・進歩性欠如を理由とする無効の抗弁等、当を得ない論点を長々と論じる答案も多く、そのような答案からは、受験者が事案に正面から取り組むのを避け、答案の書きやすさの観点から、学習してきた論点を厚く論述しているような印象を受けた。最も有力な反論である訂正の対抗主張に全く気付かない答案も目立ったところである。実務家を養成する教育機関である法科大学院においては、論点中心の教育ではなく、実際の訴訟等を想定して、具体的事案の中から、実務家であれば当然主張すべき抗弁・再抗弁を抽出し、それについての的確に論述する能力を広く養うような教育が求められる。

また、最高裁判例があるにもかかわらず、その判旨を全く無視して自説を展開する答案も目立った。繰り返しになるが、法科大学院は実務家を養成する教育機関であることから、判例を念頭においた教育を常に心掛けることが望まれる。

## 平成25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。

### 3 採点実感等

#### (1) 第1問について

本問は，①労働契約上の地位の確認請求が認められるかにつき，本件労働契約に設けられた期間が試用期間か労働契約の期間か，試用期間と解する場合には当該契約の性質をどう解するかを明らかにした上で，Yによる契約終了の通知が権利濫用となるかを問い，②差額賃金の請求が認められるかにつき，募集広告の内容等が本件労働契約の内容となっているかを明らかにした上で，内容となっていないと解する見解を採用する場合には，不法行為に基づく損害賠償請求等ができないかを問い，さらに，③平成24年12月分の賞与の請求が認められるかにつき，就業規則の最低基準効（労働契約法（以下「労契法」という。）第12条）に言及した上で，賞与債権の放棄の有効性を問う問題である。

前記①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，前記②及び③については，基礎的な理解が不十分と思われる答案も少なからずあった。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が，①及び②（特に①における契約終了通知の法的評価）を過度に重視し，②及び③（特に③）に関する記載が量的にも足りないものが少なくなかった。例えば，①について，労契法第16条又は第19条の要件と当てはめ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。

前記①の労働契約上の地位の確認請求については，神戸弘陵学園事件判決（最判平2年6月5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，全体的には良好な論述がなされている答案が多かった。ただし，中には，本件労働契約に設けられた期間が試用期間か労働契約の期間かという重要論点を全く検討することなく，本件労働契約が有期労働契約であることを当然の前提として，いきなり労契法第19条第2号の要件の検討に入っていた答案も見られた。また，試用期間か労働契約の期間かという論点に触れながら，前記判例の規範に言及せずに独自の規範を定立している答案や，試用期間と解しつつも，解約権留

保付労働契約等の法的性質に言及していない答案も散見されたが、司法試験が実務家となるための試験であることを踏まえれば、たとえ判例と異なる立場に立つにしても、判例で示された判断の枠組みに言及できていない答案は、これに言及している答案に比して、高い評価を得られないことを十分に認識してほしいところである。一方で、Yによる契約終了の通知が権利濫用（試用期間と解する見解を採用した場合には労契法第16条、労働契約の期間と解する見解を採用した場合には労契法第19条第2号）となるかについては、大半の答案が言及し、おおむね良好な論述ができていた。

前記②の差額賃金の請求については、XY間において、平成20年4月に新卒で採用された教員の現時点での給与額とすることが労働契約の内容となっていたかが論点となる。この点については、募集広告の記載、採用説明会における説明、Xの応募、Yによる採用がそれぞれどのような法的意義を有するかを丁寧に分析した上で、前記論点を論じていた答案には高得点を与えることとしたが、その際には、日新火災海上保険事件判決（東京高判平12年4月19日）等の累次の裁判例を踏まえた論述ができていかなどを重視した。この点、一般に、裁判例は、求人広告は労働契約の申込みの意思表示と見ることはできないとし、労働契約の申込みの誘引と捉えているところ、これを指摘している答案が多数であった。一方、平成20年4月に新卒で採用された教員の現時点での給与額とすることが労働契約の内容となっていないとする見解を採る場合には、前記裁判例の判断の枠組みを踏まえるなどして、労働条件明示義務（労働基準法第15条第1項）違反及び信義則違反により、不法行為に基づく精神的損害の賠償を請求できるなどの法律構成を行ってほしいところであったが、それができていた答案は比較的少数にとどまっていた。また、労働契約の合意内容の検討を経ずに、労働条件明示義務違反等から直ちに差額賃金の支払を認める答案も散見された。

前記③の平成24年12月分の賞与の請求については、まず、労契法第12条が規定する就業規則の最低基準効に言及し、就業規則の変更が行われていない本件においては、原則として賞与の不支給は許されないことを論ずる必要があったが、この点に触れていない答案も少なからず存在した。その上で、出題者としては、賞与の不支給に対する教職員の同意につき、賞与債権の発生の有無（具体化の程度）に言及した上で、かかる同意が賞与債権の放棄として有効か否かをシンガー・ソーイング・メシオン事件判決（最判昭48年1月19日）等の判例の判断の枠組みを踏まえて論じてほしかったところであり、そのような論述ができていた答案には高い得点を与えた。もっとも、賞与の不支給に対する教職員の同意を債権放棄として捉える構成を採らずに、労契法第8条の個別合意による労働条件の変更として捉える構成を採っていた答案も相当数存在し、かかる構成も理論的に成立し得ることから、相応の得点を与えることとした（なお、労契法第9条を根拠に構成する答案も存在したが、同条の合意は就業規則変更による労働条件の変更であるところ、就業規則を変更していない本問事例では妥当しないことに注意すべきである。）。

## (2) 第2問について

### ア 設問1について

本問は、Y社によるX1らの就労拒否について、X1らがY社にその期間中の賃金を請求できるかについて、Y社の建物閉鎖、営業休止及びX1らの就労拒否がX



組合による一連の争議行為に対する対抗行為としてのロックアウトに当たり、Y社が正当な争議行為をしたことの効果として、上記ロックアウト期間中における対象労働者に対する個別的労働契約上の賃金支払義務を免れるといえるかを問うものである。

本問については、Y社の行為をロックアウトと評価して、その正当性を検討するという点では多くの答案が論点を的確に捉えていたが、使用者の争議対抗行為としての可能性を全く検討せずに、専ら民法第536条第2項の「債権者の責めに帰すべき事由」に当たるかを、特にX組合の争議行為の正当性の分析を中心に検討する答案も少なくなかった。

また、Y社のロックアウトの正当性の判断に当たっては、判例（丸島水門事件・最判昭50年4月25日）の規範に即して検討することが求められるが、これを正確に理解していない答案が多く見られた。

そのいずれにおいても、使用者のロックアウトが労働法上の権利として正当な争議行為と評価される場合には賃金支払義務を免れるということが十分に理解されていないと評価せざるを得ない。

したがって、本問の論点を的確に捉え、かつ使用者の争議権の根拠、ロックアウトの正当性の判断基準について、判例の規範を正確に示し、問題の事実をそれらに当てはめている答案には高得点を与えている。

#### イ 設問2について

本問は、X組合の統制権の法的根拠を示した上で、X組合によるZに対する除名処分の有効性について、X組合の争議行為が正当であるかを検討することが求められる。X組合の争議行為が違法であるとするならば、Zには争議行為参加義務が生ぜず、統制違反行為はないといえるからである。

X組合の争議行為の正当性は、問題文の事実からすると、開始時期、手段・態様の相当性を中心として検討される。

もっとも、この点について、違法争議行為についても、組合員が参加義務を負うとの学説もあるので、そのような立場に立つごく少数の答案はそれとして評価した。X組合の争議行為を正当とする場合には、X労組による統制権の行使が権利濫用に当たるかが判断される必要がある。

しかし、答案の多くは、X組合の争議行為の正当性を検討せず、専らX組合のZに対する除名処分が統制権の濫用に当たるかという論点を立てて検討していた。Zの争議行為不参加がX組合の争議行為の実施を妨げていないことや個人の思想信条の自由を根拠として、X組合の除名処分を無効とする答案も少なくなかったが、労働組合の統制権の基本的理解に欠けると言わざるを得ない。

なお、処分の相当性については多くの答案が理解していた。

#### 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問においては、必要な論点を過不足なく抽出し、関係条文に言及することはもとより、判例の判断の枠組みを踏まえた的確な規範定立と当てはめを行い、説得的な論述を行っている答案であり、第2問については、特に、設問1については、使用者のロックアウトが争議行為法上の使用者の争議行為の正当性の問題であ

ることを理解して、その正当性につき、判例が示す規範に即して問題文から抽出できる事実を当てはめて、結論を導いた答案である。

「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、差額賃金の請求について、募集広告の記載、採用説明会における説明、Xの応募、Yによる採用がそれぞれどのような法的意義を有するのかを分析できていない、又は、賞与請求について、教職員の同意の法律的な位置付けを理論的に説明できていない答案、第2問では、設問1における判例の規範の理解が不十分であるため、ロックアウトの正当性の判断について具体的な論述が十分にはできていない答案など、「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ないような答案である。

「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、例えば、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いと考える。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、これを事実に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、判旨部分を単に記憶するのではなく、事案の内容を正確に把握し、当該事実関係の下でどのような規範を定立して当てはめが行われたかを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，水質汚濁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。特定施設が設置される特定事業場からの排水に関して排水基準の遵守が義務付けられていること（設問1），同法違反の有罪確定が，ほかの環境法に対してどのような影響を与えるかの説明を求め（設問2），大気汚染防止法のばい煙排出規制との比較において水質汚濁防止法の規制の特徴が整理されているか（設問3）を問う問題であった。

設問1の採点を通じては，以下の点が実感された。第1に，水質汚濁防止法は，特定施設（同法第2条第2項）と特定事業場（同法第2条第6項）という異なった定義規定を設けていることに気が付いていない答案が多かったのは意外であった。本件では，特定事業場とは何を意味するかが問われている。「排水口とは何か」の以前に，「特定事業場とは何か」を論ずるべきなのである。条文の読み込みが浅く，法律の規制システムに関する基本的な理解がされていないように感じられた。

第2に，「排出口」に関しても，「定義がない」とする答案が散見された。おそらく同法第2条各号及び同法第12条第1項のみを見ての判断かと思われるが，同法第8条第1項に明記されているのであり，粗い理解が評価を下げている。

第3に，水質汚濁防止法第1条の目的や法の制度趣旨の観点から排出口を「広く解すべき」という解答が多かった。しかし，それらによらずとも，個別条文の文言解釈から結論を導くことができるのであり，条文に対する注意が薄い点が気になった。

第4に，問題文中にある「A社は，埋立地全体を特定事業場の所在地としている」という部分がヒントになっていることに気が付いていない答案が多かった。問題文には無駄な部分はないのであって，こうしたところに注目できるかどうか，解答の優劣を分けている。

第5に，設問に記載されている被告人の主張を答案にそのまま転記している例が散見された。記述するならポイントを抽出するようにすべきであり，そうでなければ，スペースの無駄遣いにすぎない。

設問2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，義務的取消しとなること，及びそれに至る条文操作については，的確に条文を指摘しつつ正確な記述をしていた答案が多かった。その一方で，設問に「産業廃棄物」と明記されているにもかかわらず，一般廃棄物処理施設と誤認して関係条文を提示している答案が散見された。また，「中間処理施設許可」と明記されているにもかかわらず，業許可と誤認して関係条文を提示している答案が相当数見られた。いずれも，問題文の読み込みの不十分さに起因する重大な誤りである。

小問2に関しては，連携措置の制度趣旨について，生活環境保全という「共通の目的」を持つ関係法律の違反者に廃棄物処理法の許可を与えておくのは不適切であるという点が指摘できていた答案は，それほど多くはなかった。また，問題文に「連携措置」と明記してあるにもかかわらず，義務的取消制度のことと誤解して解答していた答案が相当数見られたのには驚いた。

設問3の採点を通じては，以下の点が実感された。大気汚染防止法では「特定施設

の排出口」とされ、水質汚濁防止法では「特定事業場の排水口」となっていることに気付いていた答案の数が、それほどは多くなかった。大気汚染防止法における「排出口」の定義が「煙突その他の施設の開口部」（同法第2条第7項）とされている点に気付いた答案は極めて少なかった。大気汚染防止法の場合には、特定事業場全体からの排出を捕捉することが技術的に困難であるという点についての的確に記述できていた答案は少なかった。

第1問については、与えられた答案用紙の第4枚目をほとんど空白にしていた答案が相当数見られた。問われている内容について、検討すべき環境法的ポイントは複数存在するのが通例である。解答執筆に取り掛かる前に、自分が学習した事柄について落ち着いて振り返り、問題文に込められた環境法的論点の重層性に思いを致して論ずべき内容を確定することが重要である。

## 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

大気汚染防止法と水質汚濁防止法は、共に基本的な公害対策法であることから、学習者において、ともすれば「同じようなもの」という先入観があるのではないかと。規制方策に関する技術的理由により、そして、遵守確保の難しさにより、両法においては、実際には、異なる部分も多い。それらは当然に、条文に反映されている。実務において何よりも重要なのは条文である。条文を踏まえて、規制制度に対するきめ細かな理解が求められる。

## 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、第1問全体の基底をなす「水質汚濁防止法と大気汚染防止法の規制制度の違いとその理由」を的確に把握し、それを条文の摘示を通じて、明確に説明できているものである。廃棄物処理法との連携措置は、環境法特有のものであるが、ネットワークを通じて法令遵守を期待するという法政策に対する認識が示している答案も、「優秀」と評価できる。「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

設問1は、環境影響評価法の手続上の瑕疵を理由として、後続する行政決定である許可処分が違法となるかについて、空港予定地の敷地の一部の土地を所有する者が国土交通大臣の許可の取消訴訟においてどのような主張ができるかを問うものである。

設問1の採点に当たっては、以下の点が実感された。

国土交通大臣の許可の取消事由としての行政処分の違法性について、規範定立を十分せず、直ちに事例を分析しているものが多かった。具体的には、環境影響評価手続の瑕疵について言及しないものがかなり見られたことは意外であった。問題文の冒頭にある、環境影響評価手続に関する出題であることについての認識が足りなかったと思われる。また、環境影響評価手続の瑕疵に言及した場合においても、許可処分の内容に影響を及ぼすおそれがあるような重大な手続の瑕疵が必要であることの指摘を

した答案が多かったものの、このような指摘のないまま手続の瑕疵があれば直ちに違法としているものも相当数見られた。さらに、国土交通大臣が許可するに当たっては、環境保全に適正な配慮をした審査を行わなければならない(環境影響評価法第33条第1項)、許可の違法に関しては、同大臣の裁量権の範囲の逸脱・濫用に言及することが期待され、そのような答案が多かったが、この点の指摘がない答案も幾つか見られたことは残念であった。

①評価書に対する免許権者等の意見に対してA県が補正書の中で答えていないことについては、手続上の瑕疵か否かを論じるものが多く、この点は出題の意図に即していた。補正書の中で答えていないことについては、手続の瑕疵があり、そのために環境影響評価を左右する重要な環境情報が収集されていないと見ることができる一方、東京高判平成24年10月26日のように、環境影響評価法は同法第24条意見に対して必ず対応すべきことを義務付ける規定を置いていないから、そこから直ちに環境配慮審査適合性が否定されるわけではないとの考え方もあり、結論としてはどちらを採用することもあり得るが、理由付けがきちんと書かれていることが重要である。同法第25条第1項柱書きの「当該事項の修正を必要とすると認めるとき」とは何かを論じているものについては、より高い評価を与えた。②複数案の検討がなされていないことについては、手続上の瑕疵か否かを論じるものが多かったが、この点を検討していない答案も見られた。手続の瑕疵にならないという結論を採用することは当然あり得るが、環境影響評価手続における複数案(準備書については同法第14条第1項第7号口、評価書については同法第21条に手掛かりはあるが、義務とは書かれていない)の持つ重要性に鑑みると、何らかの検討はされることが望まれる。

なお、問題文がいつの時点の事件かを明確にしていることを無視して、2011年改正後の環境影響評価法の適用を前提として答案を作成しているものが散見された。重大な誤りである。

設問2は、環境影響評価法における複数案の検討について、同法の2011年改正及びその後に改正された基本的事項が、改正前と比べてどのような相違があるか、計画段階配慮書の段階で複数案の検討を取り入れた同法等の改正の趣旨はどこにあるかを問うものである。

基本的事項は資料にあり、条文と資料を読んで判断することが求められる。複数案を早期の段階で検討することにより合理的な意思決定をするという改正法の趣旨を指摘している答案が多かったが、中には趣旨を正確に理解していない答案も見られた。また、基本的事項の資料の中から、第一種事業について、複数案を検討していない場合には理由を付することを要している点を摘出することが重要であるが、この点を摘出した答案は半分くらいであった。基本的事項の法的拘束力について指摘したものはごくわずか見られたが、これについてはより高い評価を与えた。

なお、設問2は設問1と独立しているのに、設問1の事例を引用して論述している答案も見られた。この点については問題文をよく読んでほしい。

設問3は、生物多様性基本法第25条と2011年環境影響評価法改正との関係、生物多様性基本法第25条と環境基本法との関係を問うものである。

(1)については、環境影響評価法の2011年改正が、生物多様性基本法を踏まえてなされたことを指摘するものが多かったが、環境影響評価法2011年改正が戦略的環境アセスメントでないことだけを指摘して両者の相違のみを強調する答案も見

られた。両者が相違するという指摘については一定の評価を与えたが、環境影響評価法の2011年改正が生物多様性基本法第25条の趣旨に向かって一步前進することを目的としていたことは明らかであり、その点についても言及してほしかった。なお、生物多様性基本法が戦略的環境アセスメントまでを規定しているかについては見解が分かれるところである（(2)参照）。

(2)については、生物多様性基本法第25条と環境基本法第20条、第19条との関係について検討するものが多かったが、この点に言及しないものも散見された。環境基本法第4条(未然防止原則等)との関係について論ずることも考えられ、このような答案にも一定の評価は与えたが、環境影響評価のことを聞かれているのであるから、まず同法第20条に目配りすることが望まれる。さらに、同法第19条については、それが生物多様性基本法第25条とともに戦略的環境アセスメントについて規定しているとする答案と、同法第25条はあくまでも環境基本法第20条のレベルでの早期のアセスメントを求めているにすぎないとする答案とに分かれたが、この点については両方の考え方が認められる。

## 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については、環境影響評価手続の瑕疵について必ずしも十分に勉強がなされていなかったと考えられる。また、問題文をよく読まず、問題の時点について明らかでないミスをしている答案も見られた。試験場で取り組むべき課題であるが、平日頃から心掛けておくことが肝要である。

設問2については、環境影響評価における複数案の重要性や環境影響評価法の2011年改正について十分に認識していなかったことが考えられる。基本的事項については資料があり、法文は読める状況にあるのだから、資料や法文を読みながら制度の趣旨を導き出す力が試されていたのであるが、資料等を十分に生かせなかったということになる。日頃から重要な制度の趣旨についてきちんとした勉強をしてほしい。

設問3については、日頃から環境個別法の条文の関係について注意するような勉強の仕方をしていないことが考えられる。また、基本法は、個別法の改正において相当の影響力を持つことが少なくないことを認識する必要がある。

## 3 各水準の答案のイメージ

「優秀」、「良好」と言える答案のイメージは、設問1については、環境影響評価手続の瑕疵がどのような場合に国土交通大臣の許可の違法をもたらすかを論じ、許可の違法が国土交通大臣の裁量権の範囲の逸脱・濫用の場合であることを示し、また、①評価書に対する免許権者等の意見に対してA県が補正書の中で答えていないこと、及び②複数案の検討がなされていないことについて、環境影響評価手続の瑕疵となるかを論じ、結論について明快な理由を付しているものである。設問2については、基本的事項では、第一種事業について、複数案を検討しない場合には理由を付することを要するとしていること(資料参照)を指摘し、環境影響評価の核心は複数案(代替案)にあり、計画段階のような早い段階で複数案を検討することによって、合理的な意思決定という環境影響評価の目的に資することに言及するものである。設問3の小問1については、生物多様性基本法第25条は、生物多様性について計画アセスメントないし戦略的環境アセスメントをすることを内容としていること、この規定の存在が環

環境影響評価法の2011年改正における計画段階配慮書の規定導入の契機となったことに言及し、小問2については、生物多様性基本法第25条が、環境基本法第20条に関連することを指摘するものである。同法第19条に対応すると指摘してもよい。これらが実現できている程度により、「優秀」と「良好」が区別される。

「一応の水準」といえるのは、論ずべき問題点の主要な部分が何とか把握できているものである。「不良」な答案とは、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、環境法上重要な制度の趣旨や規制の仕組みについて、日頃から注意を払うことである。主要な法律の基本的規制システムについては、テキストにおける解説によるだけではなく、実際に法令集を参照しつつ、条文の文言に即して丁寧に解説をするようにしてほしい。そうでない限り、決して実力は付かない。

第2に、環境関連の基本法と個別法との関係、基本法相互の関係について、体系を意識しつつ学習を進めてほしい。法律ごとの縦割りの理解ではなく、個別法の仕組みが基本法のどのような考え方や規定に基づいたものであるのか、基本的な考え方相互にはどのような関係があるのかという点にまで、学習関心を広げてほしい。

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。ともすれば、答案練習が重視されるのかもしれないが、それが効果的な学習となる前提は、問題文を通じて出題者が伝えようとしているメッセージを的確に読み取ることなのである。

## 平成25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25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

設問の趣旨と各設問において押さえるべき主要論点とについては、前述の出題の趣旨で述べているので繰り返さない。

設問1についていえば、不干渉原則という国内管轄事項及び干渉とは何かについて基本的な説明ができていた答案が、残念ながら期待したほど多くなかった。まず不干渉原則が禁止するのは他国の「国内管轄事項」に対する介入であるという点については多くの答案が言及できていた。ただし、国の拷問行為が慣習国際法上禁止されており、被拘禁者に対する系統的拷問のような重大な人権侵害行為はもはや国内管轄事項とはいえないということについては、事例等を引用して論理的な説明ができていた答案とそうでない答案とが大きく分かれた。他方不干渉原則が禁止する「干渉」とは命令的干与（強制的介入）をいうという点を指摘できていた答案は、必ずしも多くはなかった。特に武力を用いた干渉以外にどのような措置が命令的干与に該当するかという論点について先例等に照らして検討し、本問の外交的声明及び輸出禁止措置が禁止される命令的干与には該当しないとする反論を展開した答案は少数にとどまった。内政不干渉原則に触れることなく、対抗措置を用いて反論を展開した答案も相当数あったが、Y国がとった措置が国際義務違反の措置といえるか、国連国際法委員会の国家責任条文第54条との関連をどう考えるかといった論点まで踏み込んだ解答はごく少数であった。

設問2(a)については、ほとんどの答案が国家元首の免除に言及していたが、本問では「現職」の元首の免除を問題にしていることを正確に捉え、ピノチエト事件英国貴族院判決や逮捕状事件国際司法裁判所（以下「ICJ」という。）判決等を適切に参照しながら、設問に解答できたものはそれほど多くはなかった。ピノチエト事件英国貴族院判決等に基づき国家元首の外国の刑事管轄権からの免除を外交官の特権・免除に類するものとして捉える答案が多数を占めたが、他方、本問を国の民事裁判権からの免除の問題と混同して、制限免除主義の立場から拷問行為が主権的行為であるか否かを論じた答案が相当数にのぼった。現職の国家元首の刑事管轄権からの免除については慣習国際法上確立していると解答した答案が多数を占めたが、拷問のように国際



犯罪とされている行為を国家元首が行った場合にも免除が認められるのかという論点に踏み込んで解答した答案是、それほど多くはなかった。ピノチエト事件英国貴族院判決に依拠して、国家元首の行為を公的な行為と私的な行為に区別して拷問は公的な行為に入らないから免除を享有しないと回答した答案も相当数あったが、同事件では「元」国家元首の事後的免除が問題となっており、現職の国家元首の人的免除が問題になっている本問に同事件で用いられた区分をそのまま適用することはできない。Y国の行為を国際法上評価するに際して、Y国による逮捕状の発付並びに国際刑事警察機構を通じた国際手配が、それだけで現職の国家元首が享有する身体の不可侵及び免除を侵害する国際違法行為を構成するという点を書き込んでいる答案是少なかつた。

設問2(b)については、外交官の身柄を拘束及び抑留して事情聴取する行為が国際法上の対抗措置の要件に照らして許容されるかどうかを検討した答案是多かつた。その際に対抗措置の基本的要件について論述できていた答案も相当数にのぼった。もっとも、専ら均衡性の原則に依拠して、外交官の身体の不可侵に違反するX国の行為は均衡性の原則に違反するから違法だと解答した答案や、その反対にX国の行為は国家元首の享有する免除に違反したY国の行為と均衡するので均衡性の原則を満たしているとする答案が少なからずあった。自己完結的制度に触れたテヘラン事件ICJ判決や国家責任条文第50条の趣旨を理解する限り、そもそも対抗措置として外交官の身柄を拘束及び抑留して事情聴取するような手段をとることが許されるのかという問題意識を持ったものは比較的少なかつた。

設問3については、多くの答案が会社の外交的保護権は、原則として、会社の設立準拠法国及び本拠地所在地国にあることを指摘できていた。ただし、上記の原則の例外（例えば国連国際法委員会の外交的保護条文第11条）に触れて、本問の場合にはそれらの例外に当てはまらないことを指摘できた答案是少なかつた。株主の権利に直接損害を与える場合には、株主の国籍国が株主の被った損害について外交的保護権を行使する権限を有することを意識して本件の結論を導いた答案是少数にとどまつた。時間が足りなかつたと見受けられる答案が意外と多く、設問1及び設問2に比べ、論理を十分に展開できた答案がそれほど多くなかつた。なお国籍継続の原則及び国内的救済完了の原則を含めて外交的保護権行使の要件一般について触れた答案が相当数あった。前提から書きたい気持ちは理解できるが、前置きに時間を費やすのではなく、問題の焦点を的確につかんで、それに直接解答する答案にしてほしい。

「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」の答案を一概に表現することは難しいが、おおむね次の通りと言えるのではないか。

優秀：4つの設問において問われている国際法上の論点を的確につかんで、それぞれの論点について要求される国際法の原則、判例等についての基本的事項を論理的かつ簡潔明瞭に記述し、さらに、各設問で提示された事案への当てはめがしっかりできている答案ということになろう。第1問は設問数が多いために、各設問における主要論点について適切に重点を置くことが求められる。例えば、設問1では、不干涉原則を構成する2つの基本的概念についての的確に説明できており、被拘禁者に対する系統的拷問行為がX国の国内管轄事項とは言えないこと、また拷問行為を非難するY国政府の外交的声明及びX国向け産品の禁輸措置が違法な干涉行為に該当しないことを先例等に照らして論理的に解答している答案である。各設問についてこの基本点が押さえられている答案が優秀答案。

良好：おおむね優秀答案のところでは指摘したレベルに準じる解答ができているものの、設問によっては、問題点の把握がずれていたり、論証が十分できていない答案。例えば設問1及び設問2(a)及び(b)ではおおむね優秀答案で述べた解答がなされているにもかかわらず、設問3で、本件においては会社の設立準拠法国及び本拠地所在地国であるZ国が乙社に対する外交的保護権を有しY国は株主丙のために外交的保護権を行使できないと解答するものの、本件事案において株主丙の権利に対する直接損害がなかったことなどについての検討が十分できていないもの。

一応の水準：全体としては国際法の基礎的知識を有していることを各設問の解答からうかがうことができ、各設問について基本的な解答はできているものの、特定の設問については国際法の基礎知識が不十分であったり、具体的な事案への当てはめに関して一層の考察が求められる答案。あるいは解答の中に余り問題とならない論点について行数を割く等して、設問について要求される十分なレベルの解答が的確にできていない答案。例えば設問1において、X国向けの製品の禁輸措置が本設問の状況の下で国際法上禁止される干渉には当たらないことを解答するものの、その根拠が必ずしも十分に展開できていないなど、基礎知識はあるものの設問事例へ当てはめた場合の根拠付けに不十分さが散見される答案。

不良：設問の内容や趣旨がそもそも理解できていない答案、あるいは、理解できていても主要な論点が欠落している答案又は基本的な国際法の知識を欠いていると見られる解答が散見できる答案。

## 第2問

設問1については、優秀な答案が多くはなかった。公海における旗国主義や受動的属人主義については、答えている答案が多くあった。しかし、B国は公海上の船舶での船内犯罪に受動的属人主義により立法管轄権を及ぼし、対象船舶が自国領域の港に入港した時点で執行管轄権を行使していること、つまり、立法管轄権と執行管轄権の区別、さらに立法管轄権が前提となって、執行管轄権が領域内で行使されているという論理的な関連を正確に理解して書かれた答案は多くなかった。旗国主義との関係で、旗国が特段の異議を示していないことから、旗国A国がB国の管轄権行使を承認していることを踏まえた答案は比較的多くあった。

設問2については、全体的に比較的よくできていた。特によくできている答案は、政治犯罪人不引渡しの原則を説明し、絶対的政治犯と相対的政治犯に区別があることという前提的知識が十分に書かれていた。その上で、本問においては、犯された犯罪は普通犯罪であると判断して、引渡し可能であると答えている答案がよくできている答案である。さらに、C国へ丙が引き渡されたときに、本件の犯罪以外の理由、つまり、政治犯罪を含む他の罪を理由として訴追される可能性を防ぐためには、特定性の原則があることを答えなければならないが、特定性の原則自体に言及している答案は多くなかった。この点は、残念であった。

設問3については、よくできている答案が少なかった。まず、B国警察官による旅客丁の客室に対する令状のない捜索と窃盗行為について、権限逸脱行為であることを指摘する答案が少なかった。外観論を用いて、当該警察官の行為がB国に帰属することについても答えている答案は少なかった。さらに、国家責任の追及として、C国が丁の損害を取り上げて外交保護権を行使するという点について書いている答案も少

なかった。したがって、外交保護権の行使の要件に触れている答案も少なかった。国家責任の履行として原状回復、金銭賠償、サティスファクションの態様を答える答案が目立ったが、外交保護権行使の典型的な場面であることにまず気付く必要がある。

全体としては、従来と比較すると、出題趣旨である論点を理解しないでいる答案が多かったことが特徴的である。論点に気付いていれば、それについての記述は比較的よくできている。また、論点に気付いていれば、本問への当てはめも比較的よくできている。また、設問ごとに出来不出来がある解答者が目に付いた。

「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」の答案を一概に表現することは難しいが、おおむね次の通りと言えるのではないか。

優秀：設問についての国際法の基礎知識を備えており、論点を過不足なく見だしてこれを論じ、事例へ当てはめながら、論理的に論述を行っている答案。例えば、設問1で受動的属人主義、旗国主義、立法管轄権の公海での行使、執行管轄権の領域内での行使が、明確に認識されており、それらが、事例への当てはめを行いながら論理的に説明されている答案。

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し、正しい結論を導き出すことができている答案。けれども、国際法上の論点を明確に認識した上で、論理的に個々の論点を結び付ける努力が弱かったり、また、法理の事例への当てはめが不明瞭となっている答案。例えば設問1で、受動的属人主義による立法管轄権の公海上の船舶への行使と、領域内に対象船舶が入港したことによる執行管轄権行使が論証において十分に結び付けられていない答案。あるいは、事例への当てはめで、旗国主義と旗国の対応の法的意味が正確には捉えられていない答案。

一応の水準：国際法の基礎知識が一応はあり、論点を羅列して、正しい結論を書いているが、国際法の体系的な理解が十分ではなく、主要な論点の一部欠落したり、個々の論点を持つ意味が十分に理解されていない答案。例えば、設問1で、旗国主義や受動的属人主義に気付いてはいるが、それらについて、本件事例でどのような意義を持つかについて、論理的に説明されていない答案。

不良：設問の事例説明や、設問自体を答案に書き出すことにスペースをとられ、あるいは、主要な論点の多くが欠落している答案。例えば、設問3で権限逸脱、外交保護権などの論点に気付いていない答案。

#### 4 法科大学院教育に求めるもの

採点して感じた答案の傾向に1, 2触れておきたい。昨年と同様、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し、かつ、しっかりと身に付けることの重要性を再度強調しておきたい。従来と比較すると、出題趣旨である論点を理解しないでいる答案が多かったこと、並びに、設問ごとに出来不出来がある解答者が目に付いたことを第2問に関する今年度の特徴として指摘したが、これは第1問についても当てはまる。難解と思われる論点について比較的よく学習しているかと思えば、極めて基本的な国際法の原則について解答できないなど相当学習内容にむらのある受験者が目立った。今年度は昨年に比して、優秀な又は良好な答案の比率が減り、一応の水準にとどまる答案の比率が増えている感がある。選択科目に割くことのできる学習時間の問題もあるかと思われるが、法科大学院の学生には国際法のテキストに共通して記載されている基本的事項

及び基本的な判例集に掲げられている判例等について、内容をしっかり理解して学習してほしい。第2に、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が相変わらず相当数ある。同様に、国際法上の論点を認識しつつも、個々の論点を論理的に結び付ける努力が弱く、全体の論理展開が読み取りづらい答案や法理の事例への当てはめをどのように行ったのかが不明瞭な答案が少なからずある。規則の解釈にせよ、具体的事例への当てはめにせよ、法科大学院の学生には根拠付けや論理的整合性に注意する姿勢を日頃より身に付けるようにしてほしい。

## 5 その他

昨年度よりは減少したが、判読が困難な答案がやはり若干存在する。時間の都合もあると思うが、判読困難である答案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簡潔に書くように日頃から心掛けてほしい。

## 平成25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 出題の趣旨等

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）及び国際民事訴訟法から出題されている。各問題の出題の趣旨等については、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、昨年と同様である。すなわち、関連する個々の法領域の基本的な知識と理解に基づき、論理的に破綻のない推論により一定の結論を導くことができるかを採点の基本的な指針とした上、設問ごとに重点は異なるものの、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、相互の関連を理解しているか、③これらの点の理解に基づき、設問の事実関係等から適切に問題を析出することができるか、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することができるかを採点の基準とした。

これら4点をおおむね満たしている答案が「一応の水準」に達しているとされ、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述をしている答案が「優秀」答案と評価される。

なお、学説の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することが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、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）等の関連する明文の規定を指摘した上で、設問から拾った事実関係に当てはめようとする姿勢を示していた。それぞれの規定の趣旨を押さえた上で解釈論や事案への当てはめを行っている答案は高い評価を受けた反面、規定の構造や規定相互の関係についての理解ができていない答案は低い評価となった。特に、このことは、第1問については養親子関係の成立・効果と実親子関係の成立・効果との区別について、第2問については民事訴訟法（以下「民訴法」という。）第3条の4第3項の規定と同法第3条の3の規定との関係について、強く言い得よう。

#### (1) 第1問について

設問1（1）では、多くの答案は、養子縁組の成立に関する通則法第31条第1項前段と、これにより指定される民法第795条について指摘することができていた。しかし、Cが同条の「未成年者」に当たるか否かに関し、通則法第4条第1項の検討をしていない答案も少なからずあった。また、Hの本国法である民法第795条とWの本国法である甲国民法とが夫婦共同養子縁組について異なる態度をとっているところ、両者の不一致をどのように考えて解決するかについて配慮している答案は少なかった。

設問1（2）では、養子縁組の方式につき、通則法第34条第2項の適用のみならず、同条第1項の適用についても論じる必要があったが、後者の検討をしていな

い答案が多かった。同項の「法律行為の成立」には、養父と養子との養子縁組及び養母と養子との養子縁組という二つの養子縁組の成立が包摂されていることの認識を示している答案には、高い評価が与えられた。

設問2(1)については、養子縁組の直接的効果の問題として通則法第31条第1項前段を検討すべきであるのに、嫡出親子関係の成立に関する通則法第28条第1項を検討する答案が相当数あったほか、準正に関する通則法第30条第1項の問題として論じている答案も少なからず見られた。また、ここでも、通則法第31条第1項前段により指定される養父と養母のそれぞれの本国法により、養子縁組の直接的効果として子が嫡出子となるか否かを検討すべきであったのに、その検討がされている答案は少なかった。

設問2(2)では、多くの答案は、親子間の法律関係に関する通則法第32条により指定される準拠法について検討することができていた。国籍又は常居所地という連結素の変動に伴って準拠法も変更するという同条の規定を正確に理解していることが示された答案は、高い評価を受けた。

設問2(3)については、正しく扶養義務の準拠法に関する法律第2条について指摘する答案がほとんどであったが、通則法第43条第1項の規定(適用除外)に言及していない答案も散見された。

#### (2) 第2問について

1(1)については、外国の裁判所に専属的国際裁判管轄権を付与する合意の効力について、正しく、民訴法第3条の7第6項の要件の充足いかんを検討している答案が多かった。上記検討の前提として、同条第1項及び第2項に言及しつつ、管轄権の合意をすることができることや、その効力要件についても論述している答案は、基本的事項を正確に理解しているものとして評価された。

1(2)では、多くの答案は、民訴法第3条の4第2項の規定について指摘することができていた。しかし、同項の「労務の提供の地」の理解を誤り、労務提供地が定まっていないとして労働者を雇い入れた事業所の所在地である甲国に管轄権を肯定するなどの答案が散見された。

1(3)では、多くの答案は、通則法第12条第1項の規定の適用について検討することができていたが、同項と同条第2項の関係について言及していない答案や、同条第2項の「労務を提供すべき地」の意義を十分に理解せず、甲国を指示する諸要素から甲国を第1項の「最も密接な関係がある地」とするものが少なからずあった。また、日本の労働契約法第16条の直接的な適用を肯定し、通則法第12条第1項について論じていない答案も一部に見られた。なお、同項について論ずる前提として、通則法第7条により、当事者が準拠法を選択することができることについて丁寧に論じている答案は、評価された。

2では、管轄権の合意があった場合について、正しく民訴法第3条の7第6項の要件の充足を検討している答案が多かった。それに対し、管轄権の合意がなかった場合について、事業主から労働者に対する訴えについては同法第3条の3の規定の不適用を定める同法第3条の4第3項の規定それ自体を認識していないか又は同項の「前条」という文言を「前項」と誤解している答案が相当数あった。

#### 4 今後の出題について

今年度は国際取引法からの出題はなかったが、基本的には、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が出題され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

通則法や民訴法については、立法理由や規定の趣旨を正確に把握した上で解釈論を展開し、事案への的確な当てはめをすることができる能力を養成する必要がある。また、法解釈論を展開する際には、どの条文のいかなる文言（例えば、民訴法第3条の4第2項の「個別労働関係民事紛争」）の意義・解釈が問題となっているかを明示し、当該文言に即して論述することが肝要と思われるので、日頃からこのことを意識して学ぶことが必要であると思われる。