

平成26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

本年の問題においても、事案を正確に読んでいるか、憲法上の問題を的確に発見しているか、その上で、関係する条文、判例、憲法上の基本的な理論を正確に理解しているか、さらに、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くかということに重点を置いて採点した。

本年の問題は、職業の自由に関するものであるが、これを規制する条例の目的が複合的であることが最も重要なポイントとなる。すなわち、本年の問題が問うているのは、複合的目的で職業の自由を制約する条例の合憲性である。この点に関しては、確立した判例や支配的な憲法学説があるわけではない。それゆえに、職業の自由に関する判例や憲法学説を正確に理解した上で、原告・被告それぞれの立場で、筋の通った主張をして違憲論・合憲論を論じている答案には、高い評価が与えられる。他方で、問題に記載されている事実を正確に把握せず、あるいは、原告・被告それぞれに都合の良い事実のみを取り上げる答案や、問題となっている規制の合憲性・違憲性を審査する基準（以下「審査基準」という。）の内容に誤りや不正確な点がある答案、さらには、審査基準に関するパターン化した表面的な論証に終始したり、職業の自由の規制の合憲性をめぐる判例の変化に注意を払わず、安易に従前の特定の判例の考え方に引き付けて論証している答案には、厳しい評価をせざるを得なかった。

本年の問題において高く評価された答案、そして厳しい評価とならざるを得なかった答案、それぞれについて具体例を挙げると、以下のようなことを指摘することができる。

- ・ 複数の検討事項についての論理的な一貫性を有した答案や軸足を定めた上でそれに基づいて作成している答案は高く評価された。他方で、一つの主張の中で論理的な一貫性を欠く答案（例えば、審査基準の厳格さと結論が理由なく逆転しているものなど）や各主張間の価値判断や事案の内容に即した判断のバランスを欠いた答案は、厳しい評価となった。
- ・ 根拠のある理由がきちんと記載されている答案は、高く評価された。他方で、理由を記載せずに、単に「違憲である」とか「合憲である」と結論のみを記載している答案や、審査基準が記載してあるとしても、なぜその審査基準を採用するのかについて理由を記載していない答案などは、厳しい評価となった。
- ・ 本年の問題で制約されるものは、職業選択の自由であるのか、それとも営業の自由であるのかについて、判例等を基礎に置いて検討している答案は、高く評価された。他方で、安易にそのいずれかに決め付けて論じている答案は、厳しい評価となった。
- ・ 本年の問題では、C社は「条例自体が・・・違憲であると主張して」訴訟を提起しており、内容的にも、適用違憲（処分違憲）を論じるべき事案ではないにもかかわらず、適用違憲（処分違憲）を論じている答案は、当該記載について積極的評価ができないのみならず、解答の前提を誤るなどしているという点においても厳しい評価となった。
- ・ 同様の観点であるが、本年の問題では、「法人の人権・・・については、論じ

なくてよい」、「道路運送法と本条例の関係については、論じなくてよい」と記載されており、それにもかかわらずこれらを論じている答案は、厳しい評価となった。

- ・ 問題に記載されている事実関係は、原告・被告の立場あるいは答案作成者としての受験者の立場を問わず、当然に前提とされるべき事実である。それにもかかわらず、(意図的であるか否かを問わず)自己に有利な事実のみを取り上げ、自己に不利な事実には目をつぶって主張・見解を展開するような答案は、法曹を目指す者の解答としては厳しい評価とならざるを得なかった。答案の作成に際しては、自己に不利な事実であっても事実として受け止めた上で、それぞれの立場から当該事実の意味付け・評価等をして、主張を組み立てていくことが求められる。
- ・ 条例の規制目的が複合的であるにもかかわらず、原告の主張では消極目的、被告の主張では積極目的として単純に論じるような、自分に都合の良い論じ方をしている答案についても、厳しい評価となった。
- ・ 司法試験は、法曹となるべき者に必要な知識・能力を判定する試験であるので、検討の出発点として判例を意識することは不可欠であり、判例をきちんと踏まえた検討が求められる。したがって、判例に対する意識が全くない、あるいは、これがほとんどない答案は、厳しい評価とならざるを得なかった。判例に対しては様々な見解があり得るので、判例と異なる立場を採ること自体は問題ないが、その場合にも、判例の問題点をきちんと指摘した上で主張を組み立てていくことが求められる。
- ・ 論述が説得性を持つためには、理論(例えば、審査基準論の内容など)を正確に理解していることが必要不可欠である。基本的な理論に関する不正確な理解に基づいて作成された答案は、厳しい評価となった。
- ・ 憲法の論文式試験で受験者に求められていること、逆に求められていないことや不適切とされることについては、上記の指摘事項と重なるものも含め、毎年公表される採点実感において記載してきたところである。それにもかかわらず、これまでも指摘されているような、求められていないこと、あるいは不適切とされることを記載している答案については、全般として厳しい評価とならざるを得なかった。

2 採点実感

各委員からの意見を踏まえ、答案として気に掛かったものを中心に、個別に述べることとする。

(1) 問題の読み取りの不十分さについて

ア 条例の目的

- ・ 条例の規制目的について、積極目的と消極目的が複合している、あるいは目的について割り切ることができないことを前提として、どう検討するかが出題意図であったが、そこまで分析が及んでいない答案が多数見られた。
- ・ 本件は目的分析が主たる論点であるにもかかわらず、そもそも目的に関する分析がない、あるいは、乏しい答案も見受けられた。
- ・ 条例第1条の規定する立法目的は、本来、読解が必要とされるが、その読解作業を行う答案は非常に少なかった。条例第1条を無視あるいは軽視して、

条例の目的は「輸送の安全」のみにあるとか、「既存業者の保護」にあるなどと単純に決め付ける答案が多かった。

イ 適用違憲（処分違憲）

- ・ 既に述べたとおり、本年の問題では、問題文から条例自体の違憲性を論じることが求められており、かつ、内容的にも適用違憲（処分違憲）を論じるべきではないと考えられるにもかかわらず、漫然と適用違憲（処分違憲）を論じているものが少なくなかった。

ウ その他

- ・ 出題者の問題意識（複合的な規制目的、具体的な規制内容の合憲性など）を正確に把握している答案は残念ながら僅かであった。
- ・ AEDが何であるかの理解を誤っている答案が少ないながらもあった。法律家の資質の前提として、常識の範囲内の事柄は、一般人として適切に理解しておく必要がある。
- ・ 条例第4条の第1号ないし第3号、あるいは第3号のイ及びロにつき、それぞれを適宜区別しながら審査しているものが見られた点は評価できる一方で、特に第3号のイ及びロについて、全てまとめて一つの審査をしているものがあり、気になった。
- ・ 条例第4条については、①第1号ないし第3号とその枝一つごとに、②その規制目的を確定した上、③その目的と規制手段との関連性につき、（一刀両断に「ない」などと書くのではなく）具体的にどこまであるか（どこまでしかないか）を論じて結論としての関連性の有無を述べる必要があるが、①②③の各レベルで、論述の雑な答案が多かった。

(2) 原告—被告—あなた自身の見解という全体構成について

- ・ 設問2においては、被告側の反論を幾つか挙げた後、それらについての自己の見解を表面的に述べるのみで、条例の憲法適合性について、自己の見解を体系的・論理的に深く論じている答案が少ない印象を受けた。
- ・ 設問2について、被告の反論なのか自己の見解なのかさえ判然としない答案があった。
- ・ 設問2について、「被告側の反論についてポイントのみを簡潔に述べた上で」とあるからか、被告の反論については全体で一点だけ簡単に示して、後は全て受験者自身の見解だけを書くというスタイルも見られたが、出題者の趣旨は、設問1で論述した原告側主張と対立する被告側主張を意識した上で、自身の見解を説得的に論証してもらいたいというものであるので、少なくとも両者の対立軸を示すに足りる程度の記載は必要である。
- ・ 設問2について、【ある観点からの反論→それに対する受験者自身の見解→別の観点からの反論→それに対する受験者自身の見解→更に別の観点からの反論→それに対する受験者自身の見解・・・】という構成の答案が多かった。その結果、手厚く論じてもらいたい受験者自身の見解の論述が分断されてしまい、受験者自身が、この問題について、全体として、どのように理解し、どのような見解を持っているのかが非常に分かりづらかった。さらに、極端に言えば、「原告の△△という主張に対し、被告は××と反論する。しかし、私は、原告の△△という主張が正しいと考える」という程度の記載にとどまるものもあっ

た。

- ・ 受験者自身の見解について厚く論述している答案は多くなかった。一方当事者の立場として原告の主張を記載するのに時間を費やすだけで、必ずしも多角的な視点からの検討にまで至っていないことは残念であった。

(3) 制約される憲法上の権利について

- ・ 制約される権利については、具体的な事情の検討を経ることなく、単純に「営業の自由」とするものがほとんどであった。また、その記載内容も、ほとんどの答案が判で押したように同様の内容であり、しかも、事案に即した必要な検討がなされないまま、あらかじめ準備した論証パターンを記載することが目的となっているようにすら見える答案も多かった。
- ・ 「職業の選択」と「営業（職業の遂行）」とを適宜区分した上で、本件の問題が「職業の選択」自体に関わるという点について示している答案は少なかった。
- ・ 営業の自由や職業選択の自由が人格的利益に結びつくものであるとしつつも、そもそも人格的利益とは何か、また、本件におけるC社の参入目的がどのように人格的利益と関係するのか（その参入目的は、事業拡大・増収であり、人格的利益とは必ずしも直結しない。）について検討が及んでいる答案は残念ながらほぼ皆無であった。

(4) 条例の違憲性について

ア 規制目的等

- ・ 条例の目的は、その背景事情としてどのようなものがあるにせよ、まず条例第1条に規定されている目的が出発点になる。これは、原告の主張であったとしても同様である。この条例が実質的にはC社の参入を妨げる目的によるものであると主張・認定することはあり得るとしても、検討としては、まず条例に規定されている目的を出発点とすべきであろう。
- ・ 条例の規制目的が消極目的・積極目的のいずれかに割り切ることのできないものであるにもかかわらず、安易に、あるいは半ば強引に、消極目的規制の条例と捉えて、形式的に厳格な合理性の基準を適用している答案が目立った。その意味で、新たな問題について自分の頭で考えようとせず、安易に従前の判例の事案等に引き付けて論述しようとする姿勢が見受けられた。
- ・ 複合的な目的の条例であるから、規制（手段）について、具体的にどの目的との関係で採られたものなのかという目的との関係を意識しながら、手段の相当性を論ずべきであったと思われるが、その意識を全く欠く答案があった。他方、一つの目的のみにとらわれすぎて、別の目的による規制であることに気付いていないと思われる答案もあった（例えば、輸送の安全ばかりに気を取られ、自然保護の観点がおろそかになったものなど）。
- ・ 自然保護の目的が特段の理由の説明もないまま、当然のように消極目的とされている答案があった。さらには、地元タクシー会社の保護まで消極目的とされていた答案もあった。
- ・ 地元タクシー会社の保護や地場産業の保護を直ちに不当な目的としている答案がかなり多かった。
- ・ 条例の文言に現れていない、いわば「隠された目的」の存在に触れている

答案もかなりあったが、その位置付けは様々であり、うまく整理できていないものが多かった。

イ 審査基準

- ・ 規制態様が厳しいことを踏まえて審査基準を定立するのではなく、違憲という結論に飛びついてしまっている答案も見受けられた。
- ・ 独自の審査基準を勝手に作っているのではないかと思われる答案があった。それは、審査基準の内容に関する理解の不正確さに起因すると思われる。
- ・ 「目的と手段の実質的関連性が必要である」と言いながら、問題に即した具体的検討をすることなく結論を書く答案が少なくなかった。
- ・ 精神的自由と経済的自由の規制をめぐるいわゆる「二重の基準論」を示し、経済的自由の規制に関する審査基準を緩やかにしてよいとして、そのまま「経済的自由」を一括りで緩やかな審査に持っていくものも見られた。
- ・ 判断枠組みの定立に当たっては、内実を伴った理由を示す必要がある。「重要な人権だから、厳格な基準を採用すべきである」との理由から、直ちに「厳格審査の基準」あるいは「中間審査の基準」のいずれかを書いている答案も少なくなかった。しかしながら、通常の審査よりも「厳格な審査」を行うとしても、その基準は、「厳格審査の基準」も「中間審査の基準」もあり得るのであり、どちらの基準で判断するのかについて理由を付して説明する必要がある。

ウ 平等違反

- ・ 憲法第22条違反と憲法第14条違反を併せて論じているが、内容はほぼ同じで、両者の違いが意識されていない答案があった。あえて平等に関する審査をする意味がよく分からない答案も見られた。
- ・ 平等原則（憲法第14条）の観点から審査を行うものも少なくなかったが、自由権侵害の合憲性審査との相違点を曖昧にしたまま、憲法第14条違反を書いている答案が多かった。このような答案は、平等原則の理解が不十分であることに由来するものと考えられ、積極的な評価につながらない。

エ 具体的事実の検討

- ・ C社が自然保護地域における運行許可を得られなかったのは、①車種に関する要件並びに②営業所に関する年数要件及び運転者に関する要件を満たさなかったことによるものであることは、問題文から読み取れるはずである。したがって、これらの要件の合理性について、それぞれ検討を加えることが必要になるが、これらの要件のいずれかの検討が脱落している答案が少なくなかった。
- ・ 車種の要件について、「ハイブリッド車であれば排気ガスが少ないから環境保護に資するのであって、要件が厳しすぎる」とする答案が非常に多かった。このような価値判断も当然あり得よう。しかしながら、ハイブリッド車であってもガソリンを使用する以上排気ガスを排出するのであって、排気ガスを完全にシャットアウトすることにならないということは一般常識であるし、問題文にも明記されている。A県は、ハイブリッド車では規制が不十分であると考えて電気自動車であることを要件としたのであるから、このようなA県の立場に対して、「ハイブリッド車であれば排気ガスが少ない」と主

張するだけでは、単なる水掛け論になりかねない。ハイブリッド車でも足りるという立場を採るのであれば、単に排気ガスが少ないということだけではなく、電気自動車よりも有利な要素、すなわち安価であって、タクシー事業を行う者にとって負担が少ないことをも理由にしなければ説得力に欠ける。

- ・ 原告であるC社の具体的事情を詳細に検討できた答案はほぼ皆無で、C社の営業の自由を極めて抽象的に捉えた上で、保護が必要な弱者である地元タクシー会社との利益衡量を行うという答案がほとんどであった。C社が他県において低価格運賃で成功したとの記載が潜在的に影響し、C社は強者でB市に進出してきた「黒船」的存在との誤ったイメージで考えてしまった可能性はあるが、C社は業績の悪化からB市への進出を図ろうとしていると問題文に明記されているのであるから、それを前提として論証することが望まれる。
- ・ 問題文の事実関係を生かし切れていない答案が目立った。例えば、地元タクシー会社の保護の目的や地場産業の保護の目的に全く気付かない答案も相当数あったが、法曹を目指す者の基礎として、事実関係を踏まえた説得力のある立論をすることが求められる。
- ・ 個別の検討において、一定の結論を導き出す理由がない答案（例えば、「〇〇は必要だから、必要でやむを得ない規制である」といったもの）が多く見られた。結論を書くならば、その理由も記載しなくてはならない。

(5) 答案全体の印象について

- ・ 審査基準については、設問1、設問2ともにバラエティに富んだ記載がなされている印象であった。もっとも、残念ながら、判例に言及したり、判例を引用したりする答案は少なく、判例・学説を漠然と理解しているため不正確にしか基準を表現できていない答案も散見され、それがバラエティに富んでいるとの印象の原因と思われる。従来目的二分論の難点に気付き、それを指摘して論じようとする起案も相当数あったが、的確に基準を定立した上で、基準に沿って具体的検討を行うことができた答案はごく少数であった。また、目的二分論の難点に気付いた答案でも、審査基準の定立の段階で本件の詳細な具体的事情まで審査基準の定立の検討材料としてしまっているもの、逆に、基準定立がうまくできず、具体的検討での価値判断に終始してしまうものなど、審査基準の定立と基準に基づく判断が渾然一体となり、適切な論述ができていない答案が目立った。
- ・ 定立した審査基準と、目的審査において求められる正当性のレベルがかみ合っていないものが多かった。例えば、厳格な合理性審査を採りながら、目的が「正当」であればよいと記述している答案などである。また、審査基準で示した厳格度と具体的検討で行っている内容がずれているものも多く見られた。
- ・ 全体として、定立した審査基準の下で、事案の内容に即した個別的・具体的な検討を行う際に、その検討が「あっさり」している答案が多かった。法曹に求められるものとしては、判断枠組みの構築と並んで、「どのような事実に着眼し、どのように評価するのか」という点が非常に重要であるので、この点には物足りなさを感じた。
- ・ 自分の頭で具体的な場面をイメージして検討されている答案も少なからずあ

り、その点では好感が持てた。特に、条例の許可基準にある車種制限に関する検討においては、受験生の環境問題に対する関心の深さからか、問題を深く掘り下げて具体的に検討されているものも見られた。

(6) 答案の書き方等

答案における用語の使用方法等について気になるところを指摘する。不適当な用語の使用は、その内容によっては、受験者の概念の理解に疑いを抱かせるものであるという点に留意願いたい。

- ・ 本来、「立法裁量」と書くべきところを「行政裁量」と書いているものが多かった。憲法訴訟における裁量論の意味をよく考えてほしい。
- ・ 審査基準を「やや下げて」とか、「若干緩めて」といった記述が見られたが、判例や実務でこのような用語を使うかは疑問である。
- ・ 原告の主張及び被告の主張について、「原告の主張の正当化」等の見出しとするものが散見されたが、不適切と考える。例えば、「医薬品の販売の際における必要な注意、指導がおろそかになる危険があると主張しているが、薬局等の経営の不安定のためにこのような事態がそれ程に発生するとは思われないので、これをもつて本件規制措置を正当化する根拠と認めるには足りない」（昭和50年薬事法違憲判決）のように、地の文章で「正当化する根拠」といった言葉は用いられる。しかし、原告は問題の条例の違憲性を主張し、被告はその合憲性を主張するのであって、見出しを付けるとすれば、条例の「違憲性」あるいは「合憲性」等が適当ではないか。
- ・ 初歩的な漢字の誤字（例えば、「許可制」を「許可性」、「条例」を「条令」と書くなど）が非常に目に付いた。日本語を書く際の漢字の誤りは、用いる言葉について、その意味も含めて正確に理解しているのか疑いを抱かせるものであることを忘れないでほしい。
- ・ 余りにも判読に苦勞するような文字による答案がなお少なくない。毎年記載していることであるが、受験者には、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。
- ・ 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、少なくなっているが、なお散見される。また、「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。
- ・ これも毎年のように指摘しているためか、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。しかし、他方で、1行の行頭及び行末の各3分の1には何も書かず、行の真ん中部分の3分の1の部分だけに書いている答案などがなお存在する。

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4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、規制目的の複合性を踏まえ、職業の自由の規制の合憲性を審査するに当たり、何に焦点を合わせるかの的確に留意し、それぞれの立場で採る審査基準の内容を正確に記述し、それぞれの審査基準の下で、事案の内容

に即して個別的・具体的に検討し、結論を導き出している答案である。さらに、例えば、積極目的規制の場合でも「明白の原則」と結び付いた「合理性の基準」でよいのかを検討している答案などは、極めて優秀な答案といえる。

「良好」な水準に達している答案とは、判断枠組みの構築が一定の説得性を持ってなされており、本件事案に即した個別的・具体的検討の場面が比較的良好にできている答案である。

「一応の水準」に達している答案とは、複合的な規制目的による職業の自由への制約の合憲性の問題であるということが一応理解できており、事案の内容に即した個別的・具体的検討も、十分とは言えないが、行われている答案である。

「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答案や、全く観念的な理論構成で、事案の内容に即して行われるべき個別的・具体的検討も全く表面的な答案である。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

昨年度と同様であるが、判例及びその射程範囲が理解できていない答案が目立った。それゆえ、「法科大学院教育に求めるもの」として、昨年度と同じ指摘をした。

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」に入ろうとせずに「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願いたい。

平成26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、問題文及び会議録中の指示に従って基本的な事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析・検討し、問いに対して的確に答えることができているか、基本的な判例や概念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多面的で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

採石認可の根拠法令の解釈、本件要綱の法的性質・効果、及びB県でC組合による跡地防災保証をAに対する採石認可の要件とすることの適法性について、それぞれを的確に説き、また、相互を論理的に關係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。

採石法及び採石法施行規則の關係規定を的確に指摘し、本件要綱が私人に対し法的拘束力を持たない行政規則であること、採石法が都道府県知事の裁量を認めるものであることを理解した上で、本件でC組合による跡地防災保証を採石認可の要件とすることの適法性を具体的に検討していれば、一応の水準の答案とした。加えて、本件要綱を裁量基準と解してその合理性を認め得るか否かが問題となることを理解した上で、地元の特定の事業者団体であるC組合による保証を求めることの合理性について、具体的に論じていれば、良好な答案と判定した。さらに、本件要綱に合理性が認められるとしても、これを一律機械的に適用することは認められず、内容の合理性に応じて例外を認める必要があることを理解した上で、Aの事業規模や経営状況等、本件の具体的な事実關係に即して、C組合による保証を求めることの適法性を具体的かつ説得的に論じていれば、優秀な答案と判定した。

(2) 設問2

採石法第33条の12及び第33条の13を本件に適用する場合に問題となる点を把握した上で、これらの規定による採石認可の取消し又は岩石採取の停止の可否を論じ、また、法律の明文の根拠なしに採石認可を撤回できるかを、本件に即して的確に説いているかに応じて、優秀度ないし良好度を判定した。

Aの岩石採取をやめさせるために採り得る処分について、採石法の關係規定を的確に指摘し、本件への当てはめを過誤なく行っていれば、一応の水準の答案とした。加えて、授益処分の撤回に関する理論を正確に理解した上で、法律の明文の根拠なしに採石認可を撤回できるかを論じていれば、良好な答案と判定した。さらに、上記關係規定の本件への当てはめ、及び本件における明文の根拠なしの

採石認可撤回の可否を、あり得る反論も想定しながら具体的かつ説得的に論じていけば、優秀な答案と判定した。

(3) 設問3

非申請型（直接型）義務付け訴訟の訴訟要件が本件で満たされるかを、どれだけ具体的かつ的確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。

正しい訴訟類型を挙げた上で、問題になり得る訴訟要件について論じていけば、一応の水準の答案、本件の事実関係に即して具体的かつ的確に論じていけば、良好な答案、さらに、原告適格について、森林の所有権のみならず林業の利益が損なわれる等の本件の事実関係に着目して、Dの利益が個別的利益として保護されるかをより詳細かつ説得的に論じていけば、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

- ・ 設問1については、行政処分の違法性に関する法律論を組み立てる基本的な能力を試すために、大きく配点したが、行政法規にいう行政処分の「条件」の意味を誤解してつまずき、的外れな方向に論述を進めてしまう答案や、処分要件を十分検討しないまま行政裁量を援用し、論述が粗雑になる答案が目立った。また、設問2では、授益的行政処分の撤回という基本的な概念について、事案及び関係規定に即して論述できていない答案が予想外に多かった。いずれの設問に関しても、論点単位で論述の型を覚える学習の弊害が現われた結果のように感じられ、残念であった。その点、設問3については、多くの受験者が対応しやすかったようであるが、時間不足のために論述が不十分になったことがうかがわれる答案が相当数あった。
- ・ 例年繰り返し指摘し、また強く改善を求め続けているところであるが、相変わらず判読困難な答案が多数あった。極端に小さい字、極端な癖字、雑に書き殴った字で書かれた答案が少なくなく、中には「適法」か「違法」か判読できないものすらあった。第三者が読むものである以上、読み手を意識した答案作成を心掛けることは当然であり、判読できない記載には意味がないことを肝に銘ずべきである。
- ・ 誤字、脱字、当て字が相変わらず多く見られた（特に「撤回」を「徹回」とする誤字は非常に多かった。）。正確な書面を作成する能力は法律実務家が備えるべき基本的な能力であるが、誤字の多用はそのような能力に疑問を抱かせることにもなるので留意すべきである。
- ・ 問題文の設定を理解できていないと思われる答案が見られた。例えば、設問1での「仮に」という記載を読み落としているのではないかとと思われる答案が少なからず見られた。
- ・ 問題文及び会議録には、どのような視点で何を書くべきかが具体的に掲げられているにもかかわらず、問題文等の指示を無視するかのような答案がかなり見られた。
- ・ 例年指摘しているが、条文の引用が不正確な答案が多く見られた。
- ・ 冗長で文意が分かりにくいものなど、法律論の組立てという以前に、一般的

な文章構成能力自体に疑問を抱かざるを得ない答案が相当数あった。

- ・ 相当程度読み進まないと何をテーマに論じているのか把握できない答案が相当数見られた。問題意識を読み手に的確に伝えるために、例えば、冒頭部分にこれから論じるテーマを提示するなどの工夫が望ましい。
- ・ 結論を提示するだけで、理由付けがほとんどない答案、問題文中の事実関係を引き写したにとどまり、法的な考察がされていない答案が多数見られた。論理の展開とその根拠を丁寧に示さなければ説得力のある答案にはならない。
- ・ 関係法令の規定のみから一定の根拠や結論を導き出している答案や、行政事件訴訟法の要件を掲げただけで抽象的に結論を記載している答案が見られた。法律実務家として、抽象的な法規範の解釈を前提として、具体的な問題状況を踏まえつつ、多面的に配慮した上で結論を導き出すことが求められる。
- ・ 行政処分の職権取消しと撤回、附款や裁量基準、解釈基準、行政規則といった、行政法総論に関する基本的な概念の理解が不十分であると思われる答案が少なからず見られた。

(2) 設問 1

- ・ 「本件要綱の関係する規定」の法的性質・効果を正確に理解できていない答案が大多数であった。とりわけ「本件要綱の関係する規定」が採石法第33条の7第1項の「条件」に該当するという答案が続出した。また、条例論の枠組みで要綱の許容性を論じている答案もあった。
- ・ 要綱を附款あるいは附款の一種である条件として、採石法第33条の7第2項の要件を検討する答案が非常に多く見られた。問題文が示す状況を理解できていないか、附款の概念の理解に欠けているかによるものと思われる。
- ・ 本件要綱の法的性格を検討することなく、それが採石法及び採石法施行規則の趣旨に合致するものであれば、国民に対する法的拘束力を有するとした答案が比較的多く見られた。
- ・ 行政機関が策定する各種の基準類は、実際の行政実務で重要な意味を持つので、その法的な意味を、実例に即して、十分識別しながら学習することを望みたい。
- ・ 採石法が、採石認可に当たり、都道府県知事の裁量を認めていることに触れずに、いきなり裁量権の逸脱・濫用を論じている答案が散見された。
- ・ 跡地防災保証の許容性を検討するために、採石法第33条の2第4号や採石法施行規則第8条の15第2項第10号を参照しない答案が目立った。
- ・ まず採石認可の処分要件は何かを検討されるべきであるのに、その点の検討が全くされていない答案が多数存在した。
- ・ 適法判断を手短に導くための便法として、十分な論拠を抜きに知事の広範な裁量権限を持ち出し、その結果、題意に即した検討をしていない答案が少なからず見られた。
- ・ 審査基準の一般的な合理性の問題と、個別の申請に対してB県知事がいかなる判断をすべきかの問題との区別が十分に理解できていないように思われる答案が少なからず見られた。
- ・ 受験者が自分で法律論を組み立てることを求める問題であったため、全くできていない答案から極めて優秀な答案まで、大きく差がついた。こうした差は、

理論に基づいて法令に事実を当てはめて結論を導くという、理論・法令・事実を適切に結び付ける最も基本的な作業を、判例等を素材にして、普段から積み重ねてきたか否かによって生じたものと思われる。

(3) 設問 2

- ・ 問題文が「岩石の採取をやめさせるために何らかの処分を行うことができるか」と問うているのに、「保証契約を締結させるための手段」について論じていたり、「緊急措置命令」とだけしか記載していない答案が目についた。また、少数ではあるが、採石法第 4 3 条に基づく刑事罰の適用を挙げる答案もあった。
- ・ B 県知事が採り得る手段を簡潔に掲げているだけの答案が相当数あった。論述に当たっては、採石法の規定の趣旨を踏まえて、問題文の状況を具体的に当てはめていくことが重要である。
- ・ 採石法第 3 3 条の 1 3 第 1 項と第 2 項が書き分けられていることを意識しない答案が目立った。
- ・ 問題文の読み方が不正確であるために、B 県知事の採石認可拒否処分が違法であることを前提にしている答案や、採石認可処分がされていることを前提に、それに基づく岩石の採取をやめさせるために何らかの処分ができるかを問うているのに、採石認可拒否処分がされていることを前提にしている答案があった。
- ・ 法令上の明文の根拠によらない撤回について、法令上の根拠の点だけでなく、授益的行政処分である以上、撤回は制限を受けることまで検討が至っている答案は少なかった。
- ・ 撤回と職権取消しとの違いが、十分に理解できていないように見受けられる答案が少なからず見られた。

(4) 設問 3

- ・ 他の設問と比較するとよくできていた。
- ・ 原告適格について、一般論はそれなりに記載できているものの、一般論を本事案に適用するに当たり、関係法令の条文を羅列しているだけの答案や、逆に採石法第 1 条の目的規定にしか言及しない答案、同法第 3 3 条の 4 の認可の基準を見落としている答案が多かった。
- ・ 非申請型（直接型）義務付け訴訟の「重大な損害」の要件の趣旨について、差止訴訟の場合と混同するなど、基本的な知識に不安を抱かせる答案があった。
- ・ D は現地に居住していないと記載されているのに、居住しているものとして議論している答案が散見された。
- ・ 非申請型（直接型）義務付け訴訟の訴訟要件のうち「一定の処分」の該当性の検討において、設問 2 で挙げた処分が行政事件訴訟法第 3 条第 2 項にいう「処分」に当たるかどうかだけを論じ、処分の特定の程度について言及していない答案が多数存在した。具体的事案に即さずに、「訴訟要件なら処分性」といった型にはまった思考をしていると感じられた。
- ・ 問題文は「設問 2 で挙げられた処分をさせることを求める行政訴訟」について問うているのに、取消訴訟や差止訴訟を挙げている答案が散見された。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

基本的な判例や概念等を正確に理解する訓練を重ねることはもちろんであるが、

こうした訓練によって得られる基礎的な知識・理解と、具体的な事実関係を前提とした、事案分析能力、法の解釈・適用能力、文書作成能力等との結び付きを意識して習得させるといった教育を求めたい。

多くの答案からは、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、問題文等の指示から離れて一般論・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、問題意識の乏しい答案が、相変わらず数多く見られた。また、本年度においては、行政法における基本的な概念の理解が不十分であると思われる答案も少なからず見られたが、これは、概念自体を学習していないというよりは、具体的な状況でこれらの概念をどのように用いるのかといった視点での学習が不十分であることに起因するよう思われた。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、こうした能力は、理論・法令・事実を適切に結び付ける基本的な作業を、普段から意識的に積み重ねることによって習得されるものである。法科大学院には、判例等具体的な事案の検討を通じて、基礎的な知識・理解を確認する学習機会を増やすなど、こうした実務的能力の習得につながる教育を求めたい。

平成26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26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を確認し、その応用を的確に行うことができるかどうかを問うこととし、当事者間の利害関係を法的な観点から分析し構成する能力、様々な法的主張の意義及び法律問題相互の関係を正確に理解し、それに即して論旨を展開する能力などを試そうとするものである。

その際、単に知識を確認するにとどまらず、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び具体的事実を注意深く分析し、法的な観点から適切に評価する能力を確かめることとした。これらを実現するために、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、従来と異ならない。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じて点を与えることとした。これらにより、ある設問について法的思考能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、そのことにより知識や理解が不足することがうかがわれるときでも、そのことから直ちに答案の全体が低い評価を受けることにならないようにした。また反対に、論理的に矛盾する論述や構成をするなど、法的思考能力に問題があることがうかがわれる答案は、低く評価することとした。また、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を示すこととする。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の全体的な採点実感

設問1は、賃貸借契約について賃料の不払を理由とする解除の意思表示がさ

れたケースを題材とし、賃貸目的物が約定された性質を有しない場合に、賃借人は賃貸人に対してどのような法的主張をすることができるかを問うものである。ここでは特に、当事者の主張を的確に読み取り、それに適した法律構成を構築し展開する能力が試されている。

設問1において、Aは、Cによる解除を否定するに当たり、これまで賃料を払いすぎていたことを理由に、今後6か月間は賃料を払わなくてよいはずであると主張している。このAの主張は、賃料の不払というAの債務不履行を否定するものと位置付けることができる。比較的多くの答えは、Aの主張をこのように理解した上で、Aが120万円を払いすぎたとするためには、どのような法律構成が考えられるかを検討しており、的確な理解が示されていた。理論と実務の架橋を1つの目的とする法科大学院教育の成果を示すものといえるだろう。

もっとも、中には、債務不履行の存否に全く触れることなく、Aには帰責事由が認められないとしたり、背信性を認めるに足りない特段の事情が認められるとしたりする答案も散見された。しかし、今後6か月間は賃料を払わなくてもよいはずであるというAの主張は、その間の賃料債務が存在しないという趣旨を含んでおり、帰責事由や背信性の存否を検討する前に、まず債務不履行の存否を検討する必要がある。設問1では、このように、当事者の主張を的確に読み取る能力も試されている。

次に、Aの主張を正当化するためには、Aが賃料を120万円払いすぎたことを基礎付ける必要があり、そのための法律構成を構築し展開することが設問1の中心的な課題である。その際、法律構成としては複数のものが考えられるが、それらを平板に羅列するのではなく、採用されるべき法律構成について、その根拠を説得的に示した上で、その要件と効果を的確に分析し、設問1の事実関係をそこに適切に当てはめることが求められている。以下では、答案に現れた代表的な法律構成とそれぞれの構成において検討すべき問題点を指摘しておくこととする。

まず、甲建物が免震構造を有していないことにより、賃料が当然に減額されるという考え方があり得る。この考え方を採用するためには、まず、その法的根拠が示されなければならない。例えば、民法第536条第1項を根拠とするのであれば、なぜ設問1で同項が意味を持ち得るかについて、同項の趣旨を踏まえつつ、論じる必要がある。また、契約の解釈を根拠とするのであれば、「契約の解釈」や「当事者の合理的意思」といった、この法律構成に特有の表現を用いるだけでなく、設問の契約の趣旨や契約締結に至る経緯等の具体的事情を手掛かりとして、契約の解釈として認められる方法に従った考察がされなければならない。単に問題文の事情を書き写すだけでは、そのような考察がされたとはいえない。

また、賃料減額請求権（民法第611条第1項）を類推適用するという構成も考えられる。そのためには、設問1と民法第611条第1項が本来想定している場面との異同を確認した上で、類推の基礎をどこに求めるか、それとの関係で、「滅失」（同項）の意義をどのように解するかが検討されなければならない。これに対して、ごく少数ではあるが、借地借家法第32条第1項の借賃増

減請求権を手掛かりとする答案も見受けられた。しかし、この借賃増減請求権は、民法第611条第1項とは異なり、「将来に向かって」借賃の額の増減を請求することができるものと明定されており、これをAの主張を正当化する法的根拠とするのは困難であろう。

答案において最も多く見られた構成は、瑕疵担保責任に基づくものである(第559条が準用する第570条)。この構成を採用した答案のかなりのものは、瑕疵担保責任の趣旨のほか、「瑕疵」や「隠れた」といった要件の意義及びそれらへの当てはめについて、おおむね適切な論述がされており、その限りでは比較的良好な出来であった。これに対し、瑕疵担保責任の効果に関する検討は、不十分なものが多かった。損害額が月額5万円となる根拠については、全く言及されていないか、不十分な検討しかされていないものが多く、加えて、この構成によれば、賃料の月額は25万円のままとなるのであるから、今後6か月分の賃料(賃料が減額されなければ合計150万円となる。)について債務不履行がないことを基礎付けるためには、更に説明が必要となるにもかかわらず、そこまで踏み込んでいる答案は少数であった。そのほか、Cは免震構造を有する建物を賃貸する義務を負っているのに、その義務を尽くしていないことから、AのCに対する損害賠償請求の根拠を債務不履行責任(民法第415条後段)に求める答案もあった。しかし、この構成を採用する答案にあっても、瑕疵担保責任に基づく構成と同様、法的効果に関する検討が適切にされているものは少数であった。

このほか、錯誤(民法第95条本文)を理由とする答案も散見された。しかし、要素の錯誤であることを肯定しながら、なぜ25万円の賃料のうち5万円の部分だけが無効(一部無効)となるのかという点について説明しようとするものは少数であった。

全体として、瑕疵担保責任を中心とする損害賠償構成が多く、賃料減額(請求権)構成は比較的少数であった。しかし、一方で賃料の月額を25万円としつつ、他方で月々5万円の損害が継続的に発生するという構成は、その実質が賃料の減額であることを考えると、迂遠であり、不自然な構成であることは否めない。限られた時間内に一貫性のある法律構成を提示しなければならないという状況の下にあってはやむを得ない面があり、このような構成をした答案にも相応の評価をしているが、賃料債権の性質等について踏み込んだ検討を行い、そこから一定の法律構成を導いている答案には、より積極的な評価をした。

最後に、AがCに対して120万円の債権を有しているとする、今後6か月分の賃料は払わなくてもよいはずであるというAの主張は、この120万円の債権と賃料債権とを相殺する旨の意思表示(民法第506条第1項)であると解される。AのCに対する債権の発生原因についての的確な分析を行っている答案の多くは、相殺についても必要な分析及び検討がされていた。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、Aの主張が債務不履行を否定する趣旨のものであるという前提のもと、例えば賃料減額(請求権)や損害賠償(瑕疵担保責任ないし債務不履行責任)といった法律構成につき、関係する規定の趣旨を踏まえ、要件及び効果の両面にわたってその意義を明らかにし、設問1の事実関係

に適切に当てはめることにより、全体として整合的な解答を導いているものである。前述のとおり、特に損害賠償構成による場合は、今後6か月分の賃料についても債務不履行がなかったことを基礎付けるためには更に説明が必要となるが、この問題点に気付き、一定の説明をしている答えは、優秀な答案と評価することができる。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と同じ法律構成を挙げつつも、関係する規定の趣旨の指摘や法律構成の理由付けがやや不十分であったり、要件については充実した論述をしていながら、効果についての論述は手薄であるなど、論述に周到さや丁寧さが欠けていたりするものである。このほか、例えば錯誤に基づく構成を採用するものであっても、要素の錯誤を認めることと無効の範囲（一部無効）との関係など、当該法律構成の難点を自覚しつつ、これ乗り越えようと試みる答案には、相応の評価を与えている。

一応の水準に該当する答案の例は、上に示した法律構成を挙げているものの、その理由付けが十分とはいえず、また、要件や効果についても、一定程度の理解は示しているものの、不正確な箇所も散見されるものである。

不良に該当する答案の例は、Aの主張が債務不履行を否定する趣旨のものであることは正確に理解しつつも、根拠となる法律構成を示すことなく、AはCに120万円の不当利得返還請求権を有しているなどとするもののほか、債務不履行の存否を検討することなく、もっぱら帰責事由や背信性の存否についてのみ考察するものである。

(2) 設問2について

ア 設問2の一般的な採点実感

設問2は、和解契約の当事者とされていた本件胎児が流産したことによって生ずるFD間の基本的な法律関係を確認した上で（小問1）、本件胎児の流産がBD間の和解契約にどのような影響を及ぼし、その結果どのような法律関係が生ずるかを問うものである（小問2及び小問3）。

まず、小問1は、AのDに対する損害賠償請求権（民法第715条に基づくDの使用者責任）がどのように相続されるかを問うものである。民法第886条第2項により、本件胎児の相続人としての地位が失われるので（ここでは、民法第886条について、解除条件説をとるか、停止条件説をとるかは直接関係しない。）、Fは、配偶者とともに相続することになり、その法定相続分にしたがって、AのDに対する損害賠償請求権を承継することが示されれば足りる。また、BによってDとの間でされた和解がFに影響を与えないことは、契約の効力の相対性から明らかである。

この点で、小問1は、法科大学院修了者の基本的な知識を確認するレベルの問題であり、全体として、おおむね求められる水準に達していた。その一方で、少し気になる点もあった。

一つは、胎児の相続人としての地位を論ずる場面で、民法第886条ではなく、民法第721条を挙げる答案がかなり多かったことである。民法第721条は、胎児自身が被害者となる場合の規定であり、本問には全く関係がないものである。設問2では、不法行為によるAの損害賠償請求権がどのように相続されるかが問題となっているのであるから、問題とされるのは民法第886条

である。不法行為が問題となるケースであったために、民法第721条を連想したのかもしれないが、基本的な知識の理解とその展開が十分ではないという印象を受けた（他の部分で優れた内容が記載されている答案についても、そのような状況が見られた。）。

また、和解の効力がFにも及ぶとして8000万円を前提として解答するものの、法定相続分の理解が誤っている答案も、少数ではあるが見られたのは残念であった。特に前者は、不注意によるものとは考えにくく、民法の基本的な理解ができていないことを示すものであり、問題が大きいといわざるを得ない。

以上に対して、小問2は、複数の答えが考えられるものであり、小問3は、小問2でどのように答えたかを踏まえて、整合的な説明ができていないかを問うものである。そこでは、幾つかの流れが考えられ、必ずしもそのいずれかのみが唯一の正解となるわけではない。ここでは特に、本件胎児が相続人でなくなったことが和解契約にどのような影響を与えるかを十分に意識した上で論理を展開する法的な思考力と応用力が問われることになる。もっとも、全体の水準としては、必ずしも十分なものではなかったように感じられる。特に気になったのは、以下の点である。

一つは、本件胎児が相続人でなくなったことから、当然に不当利得返還請求権を導くだけで、本件胎児が相続人でなければ、なぜ和解の効力が否定されるかについて全く言及しない答案がかなり存在した点である。設問1でも同様の傾向が少し見られたが、不当利得返還請求権を認める場合、法律上の原因がないというためには、その前提となる法律関係を否定することが必要となる。この点の理解が十分でないという印象を受ける答案が目立ったのは残念である。特に、不当利得制度の趣旨は公平の理念にあるとし、流産したにもかかわらず返還を認めないのは公平でないなどのみ述べて、不当利得返還請求を認めている答案が相当数見られたのは、制度の抽象的な趣旨にしか理解が及ばず、法規範に即した法的な論理を展開する能力が備わっていないことをうかがわせるものであり、大きな問題があると感じられた。さらに、本件和解における胎児の地位がどのようなものであったかについては、民法第886条をどのように理解するかが関わってくるが、この点に明確に言及した上で論ずる答案は、必ずしも多くなかった。

また、小問2と小問3の連続性及び整合性についても、十分に意識していない答案が少なくなかった。例えば、小問2で、Dに4000万円の不当利得返還請求権を認めつつ、小問3で、Bは本来7500万円の損害賠償を請求することができるはずだから、残り3500万円を請求することができるとする答案などがこれに当たる。小問2でBについて和解契約の拘束力を認めた以上、それと全く無関係に、Aに1億円の損害賠償請求権が認められることを前提として、Bに7500万円の損害賠償請求権の承継を認めるのは、論理的に一貫しない。Bについて和解の効力を認めつつ、何を請求することができるか、あるいは、少なくとも、Bの側から和解の効力を全面的に否定することを前提として、何を請求することができるかを論じることが必要である。

イ 答案例

小問1については、上記のとおり、基本的な知識を問うものであり、民法第

715条に基づくAの1億円の損害賠償請求権がFに4分の1の相続分に応じて承継されるということが示されていれば、良好な答案と評価される。その際、BD間の和解契約の効力をその当事者ではないFに及ぼすことができない理由を的確に述べる答案のほか、損害賠償請求権は金銭債権として遺産分割の対象とならず当然に分割承継されることを指摘するなど、丁寧な論述をしている答案は、優秀な答案といえる。それに対して、Aの損害賠償請求権が認められる法律上の根拠やAの損害賠償請求権がFに承継される根拠について、おおむね理解していることはうかがわれるものの、正確に指摘していないものは、一応の水準に達したものと評価される。Fとの関係でも本件和解に基づき総額8000万円の損害賠償請求権しか認められないことを前提として、Fに2000万円の損害賠償請求権を認めるという答案などは、不良な答案と評価される。

小問2及び小問3については、上記のとおり、複数の流れが考えられる。

- ① 小問2においてDに4000万円の返還請求を認めた場合（和解によって本件胎児に認められる損害賠償請求権に関する部分のみを無効とする場合）、和解の効力は全面的には否定されていないのであるから、小問3においても、それを踏まえて結論を導く必要がある。ここでは、和解による総額8000万円の損害賠償額については和解の効力が存続し、それを前提に本件胎児が相続人とならなかったことから、Bの相続分が4分の3になることを踏まえて、2000万円の追加の損害賠償請求を認めるといったものは、優秀な答案と評価される。また、小問3において、Bの側から改めて和解の効力を全部否定して、7500万円の損害賠償請求権があることを前提に追加の請求を認めるというものも、考えられる答案であるが、その場合には、どのような理由によって和解の効力を全面的に否定できるかを説明することが求められる。そのような説明が十分に行われていれば、良好な答案と評価され、さらにその説明が説得的に行われていれば、優秀な答案と評価される。それに対して、そのような説明がある程度行われているものの、根拠が正確に示されていないものは、一応の水準に達していると評価され、何らの説明もなく、7500万円の損害賠償請求権を前提として、和解で受け取った4000万円を差し引いた3500万円を請求できるとのみ述べるなどの答案は、整合性が確保されておらず、不良な答案と評価される。
- ② 小問2においてDに8000万円の返還請求を認めた場合（和解の効力を全面的に否定する場合）、小問3では、Bは、それを前提に、改めてDに対して損害賠償請求をすることになる。この場合、和解の効力を全面的に否定するのだから、小問3において7500万円の損害賠償請求権を導くことは、①の場合と異なり容易であるが、その前提として、小問2において、なぜ本件胎児の分だけではなく、Bの分を含めて和解契約の効力が全面的に否定されるかを説明することが求められる。そのような説明が適切に行われている場合は、優秀な答案として評価され、そのような説明が十分にされていなくても、和解の効力が全面的に否定されることを指摘し、Aの1億円の損害賠償請求権についてBがその相続分である4分の3を相続により承継することを指摘していれば、良好な答案と評価される。それに対して、そのような理

解をしていることがうかがわれるものの、正確な指摘がされていないものは、一応の水準に達していると評価され、何らの説明もなく、単に7500万円の損害賠償請求権が認められるとのみ述べているものや、小問2において和解の効力を全面的に否定しているにもかかわらず、それと異なる前提に基づいて一定の結論を導いているものは、不良な答案と評価される。

- ③ さらに、小問2において、Dに2000万円の返還請求を認めるとする答案もあった。これは、①・②と比べて、Dの請求額としては低額になるが、損害賠償額の総額を8000万円とし、Aの相続人の相続分に応じてそれを分割するところに和解の趣旨があると見て、本件胎児が相続人とならなかった場合についてもその趣旨を可能な限り実現しようとするものであり、十分に合理的なものであると評価することができる。この点について適切な説明がされている場合は、小問2の解答としては優秀な答案と評価される。このような理解を前提として、小問3では、特に新たな請求をすることはできないとするのは、一貫した答案であり、小問2における解答を踏まえて述べられていれば、良好と評価される。そのような理解を示した上で、さらに、合理的な説明に基づき、和解契約の効力をBの側から全面的に否定して、改めて損害賠償請求をする可能性を論じている場合は、優秀な答案と評価される。それに対して、小問2における解答との関係を示さないまま、小問3で、特に新たな請求をすることができないとのみ述べているものは、一応の水準に達するものと評価され、小問2において示された和解の趣旨と異なる前提に基づいて一定の結論を導いているものなどは、不良な答案と評価される。

以上の①・②・③を通じて、本件胎児の流産によって、和解の効力がなぜ否定されるかを適切に説明することが求められる。

民法第886条に関する解除条件説を前提として、これを法定の解除条件の実現として説明するもの、停止条件説を前提として、これを法的に存在しない者（虚無人）についての和解契約だったとして説明するものは、いずれも優秀な答案と評価され、必ずしも多くはないが、そのような答案も存在した。また、胎児が和解契約の当事者となっていることから、和解契約自体に約定の解除条件が付されているものと解釈し、このような条件が付された趣旨から契約の全部又は一部が無効となることを基礎付けようとするものも、民法第886条に関する議論と混同している場合は別として、相応の評価を行った。

これに対して、このような点を十分に意識していないが、錯誤等を理由として和解の無効を導いている答案が数多く見られた。本件胎児の流産は、和解契約が成立した後の事情であり、少なくともこれは和解の錯誤が問題となる典型的な場合ではない。このような問題を正確に理解して、なお和解の効力が否定されることの説明を試みるものは、優秀な答案と評価されるが、そのような答案は少数にとどまった。和解の錯誤に関する従来判例及び学説を正確に理解し、それを踏まえて本件和解の効力を検討しているものは、良好な答案と評価した。それに対して、和解の錯誤に関する従来判例及び学説について一定の理解をしていることとはうかがわれるものの、それを正確に指摘しないまま、本件和解の効力を検討しているものは、一応の水準に達しているものと評価し、単に錯誤として、それ以上の説明のない答案や、和解が無効となる理由を全く

示していない答案は、不良な答案と評価した。

(3) 設問3について

ア 設問3の一般的な採点実感

設問3は、所有権に基づく返還請求権の要件について、設問において指定された事実がそれぞれ要件としての意義を有するか否かを問うものである。民事の実務に携わる際に正確な理解が求められる極めて基本的な事項についての出題であり、その実体法上の意義と訴訟上の攻撃防御の構造が正確に理解されていることが答案で明確に示されていれば足りる。実際に、多くの答案は、適切な解答を示すものであった。実体法の十分な理解に立脚して訴訟上の攻撃防御の在り方を考える能力を養うという法科大学院等における教育が相応の成果を収めてきていることがうかがわれる。

しかし、その一方で、少し気になったのは、以下の点である。

まず、訴訟上の攻撃防御の在り方に関する理解が皮相なものにとどまっていることがうかがわれる答案が見られた。訴訟上の攻撃防御は、現実には生起する当事者間の応酬を単に時間的な順序で並べることではない。実体法が定める要件とその基礎にある法の体系に基づいて、当事者の主張・立証を論理的に整理することが必要である。一部ではあるが、当事者の主張・立証をこのように整理することができていない答案が見られたのは残念である。

また、民法第177条の「第三者」の意義について検討することなく、下線部②の事実は、請求原因としてではなく、Kが対抗要件の抗弁を主張してきた場合に再抗弁として主張すれば足りるとする答案も見られた。しかし、少なくとも現在では、不法占有者は同条の「第三者」に当たらないとすることが判例・学説上確立しているのであるから、Kが「第三者」に当たるか否かに何ら言及することなく、上記のように述べるのは適切ではない。

このほか、下線部の事実①はKも争っていないから請求原因事実にならないとする答案も見られたが、これも適切ではない。法的に必要な主張であるか否かは、実体法の要件構成に従って定まるものであり、自分に所有権があることを主張しない者に所有権に基づく返還請求権の行使を認めることはできない。訴訟において当事者間に争いが無い主要事実は、証明することを要しないものの（民事訴訟法第179条）、主張はしなければならず、それがされなければ裁判所がその事実の存在を前提として判断することができないという弁論主義の要請がここでも妥当することを忘れてはならない。

さらに、下線部の事実④についても、登記がされていない以上、下線部③の事実を対抗することができないという結論のみを、特段の説明をすることもなく述べるにとどまる答案が一定数見られた。設問3は、全体として基本的な事項を問うものであるが、このような解答をする答案と、民法第177条の要件構成に関する正確な理解を踏まえた解答をする答案とを識別する点において、出題の意義があったと感じられる。

下線部⑥の事実については、下線部の事実②・④と同じように登記の有無は問題にならないと説明する答案が見られたが、これは説明として不十分である。下線部の事実②・④については、上述したように、不法占有者が民法第177条の「第三者」に当たるか否かが検討されなければならないのに対し、下線部

⑥については、建物を所有するという態様で土地を占有する者に対して土地の返還請求がされた場合に、建物の登記が意義を有するか否かが検討されなければならない。なお、本問は、実体的に所有者であるが登記をしていない者を被告とすることができるか否かを問うものであり、実体的には所有権を喪失しているものの登記がされている者を被告とすることができるか否かを問うものではない。法科大学院教育等においては、判例があることから、後者の問題が注目されがちであるせいか、後者の論点が問われていると誤解して解答する答案も見られた。しかし、その数は多くはなく、全体としては、下線部⑥の事実についての的確な考察がされていた。

イ 答案例

優秀に該当する答案の例としては、第一に、論述の前提として所有権に基づく返還請求権の要件を的確に指摘した上で、下線部の事実①・③が「請求権を行使しようとする者が所有権を有すること」という要件（以下「請求者所有要件」という。）に関わるものであり、また、下線部の事実⑤が「相手方が占有をしていること」という要件（以下「相手方占有要件」という。）に関わるものであることを指摘し、それらを前提としてHが建物収去土地明渡請求をすることができるかどうかについて適切に結論が示されており、第二に、その際、Hが丁土地の所有権の全部を有することに基づいて返還請求権を行使するものであるか、それとも共有者がする共有物の保存行為として丁土地の明渡請求権を行使するものであるかという法律構成の観点を明確に示した論述がされており、第三に、下線部の事実②・④について、民法第177条の「第三者」の意味に関する一般的な考察を前提として、それらの事実が持つ法律上の意義が的確に指摘されており、また、下線部の事実⑥に関し、Kが丁土地を占有しているという相手方占有要件を考える上で、建物を所有する者を実体に従って判断することが妨げられないことが適切に指摘されているものなどである。

良好に該当する答案は、論述の前提として所有権に基づく返還請求権の要件を的確に指摘した上で、下線部の各事実についてそれぞれの法律上の意義が的確に論じられ、Hが建物収去土地明渡請求をすることができるかどうかについて適切に結論が提示されているものの、それらの各事実の分析が個別にされているにとどまり、その分析の前提となる法的構成の観点について、Hが丁土地の所有権の全部を有することに基づいて返還請求権を行使するものであるか、それとも共有者がする共有物の保存行為として丁土地の明渡請求権を行使するものであるかが必ずしも明確に示されていないようなものなどである。

一応の水準に該当する答案の例としては、下線部の事実①・③が請求者所有要件に関わるものであり、また、下線部の事実⑤が相手方占有要件に関わるものであることが指摘され、Hが建物収去土地明渡請求をすることができるかどうかについて適切に結論が示されているものの、その前提として所有権に基づく返還請求権の要件が明確に整理して論述されておらず、また、下線部の事実②・④・⑥について、それぞれの法律上の意義が必ずしも明確に論じられていないか、又は、特段の理由を述べることなく、Hの土地所有をKに対抗するためには登記を要するとしたり、Kの建物所有を確定する上で登記がなければならないとしたりする論述になっているものなどである。

不良に該当する答えは、例えば、下線部の事実①・③が請求者所有要件に関わるものであり、また、下線部の事実⑤が相手方占有要件に関わるものであることのいずれも明確に指摘されていないか、又は極めて不十分な論述になっており、また、下線部の事実②・④についての民法第177条の「第三者」の意味に関する一般的な考察を前提とする論述や、下線部の事実⑥についての丁土地占有の要件を考える上で建物の登記が持つ意義に関する論述がされていないか、又はされているとしても極めて不十分な論述になっており、全体として所有権に基づく返還請求権の要件に関する正確な理解に立脚していないと認められるものである。

(4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

民法全般について過不足のない知識と理解を身に付けることが実務家になるためには不可欠である。今回の出題についても、該当分野について基本的な理解が十分にできており、それを前提として一定の法律構成を提示し、それに即して要件及び効果に関する判断が行われていれば、十分合格点に達するものと考えられる。しかし、残念ながら、民法に関する基本的な知識と理解が不足ないし欠如している答案や、実体法である民法についての出題であるにもかかわらず、請求原因や抗弁等の説明に終始し、肝心の実体法の解釈論に触れていない答案も一定数存在した。

また、文章力に問題があるために、論述の内容について複数の読み方が可能であり、どちらの趣旨であるかが容易に判別することができない答案も存在した。当然のことながら、採点者は、答案の記載内容だけから評価をするのであり、趣旨が判然としない答案はそれを前提とした評価をせざるを得ず、善解することはできないのであるから、複数の解釈が可能となるような曖昧な表現は避けるよう留意すべきである。

なお、答案の書き方における注意事項として、附番の用い方の問題がある。設問(3)では①・②・③……という数字を用いているのであるから、これと別に、所有権に基づく返還請求権の行使の要件は「①原告所有、②被告占有である」などという記述をすることは好ましくない。設問の中で用いられている①や②との区別がつかなくなる恐れがあり、論述の内容が不明瞭なものとなりかねないので、この点は特に注意を要する。

4 法科大学院における学習において望まれる事項

これは、民法に限ったことではないが、法律家になるためには、何よりも、具体的なケースに即して適切な法律構成を行い、そこで適用されるべき法規範に基づいて自己の法的主張を適切に基礎付ける能力を備える必要がある。こうした能力は、教科書的な知識を暗記して、ケースを用いた問題演習を機械的に繰り返せば、おのずと身に付くようなものではない。重要なのは、一般に受け入れられた法的思考の枠組みに従って問題を捉え、推論を行うことができるかどうかである。それができていなければ、条文や判例・学説の知識が断片的に出てくるけれども、それを適切な場面で適切に使うことができず、法的な推論として受け入れられないような推論を行うことになりがちである。

そうした法的思考の枠組みの要となるのは、法規範とはどのようなものであり、

法的判断とはどのような仕組みで行われるものかという理解である。例えば、法規範には、要件・効果が特定されたルールのほかに、必ずしも要件・効果の形をとらない原理や原則と呼ばれるものがある。法規範となるルールが立法や判例等によって明確に形成されており、その内容に争いがなければ、それをそのまま適用すればよいけれども、ルールの内容が明確でない場合には、解釈によってその内容を確定する必要がある。そこでは、それぞれの規定や制度の基礎にある原理や原則に遡った考察が必要となる。また、法規範となるルールが形成されておらず、欠缺がある場合には、同じような規定や制度の基礎にある原理や原則、さらには民法、ひいては法一般の基礎にある原理や原則にまで遡り、これを援用することによって、不文のルールを基礎付けなければならない。そのような法規範の確定を前提として、その要件に事実を当てはめることによって、実際の法的判断を行う。そうした基本的な法的思考の枠組みが理解され、身に付いていなければ、幾ら教科書的な知識を暗記しても、また、幾ら問題演習を繰り返し、答案の書き方と称するものを訓練しても、法律家のように考えることはできない。

司法試験において試されているのも、究極的には、このような法的思考を行う能力が十分に備わっているかどうかである。もちろん、その前提として、それぞれの法制度に関する知識は正確に理解されていなければならない。それらの知識の相互関係も適切に整理されていなければならない。しかし、そのような知識や理解を実際に生かすためには、法的思考を行う能力を備えることが不可欠である。

法科大学院では、発足以来、まさにこのような法的思考を行う能力を養うことを目指した教育が行われてきたと見ることができる。司法試験の合否という表面的な結果に目を奪われることなく、その本来の目標を今一度確認し、さらに工夫を重ねながら、その実現のために適した教育を押し進めることを望みたい。また、受験生においても、法律家となるための能力を磨くことこそが求められていることを自覚して、学習に努めていただきたい。

平成26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26年司法試験論文式試験問題出題趣旨」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（登記事項証明書の記載を含む。）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（本件株式発行の効力とこれに関する法律関係）では、まず、Eについて、そもそも取締役としての株主総会の選任決議を欠き、代表取締役としての取締役会の選定決議も欠いており、本件株式発行は代表取締役でない者によってされたものであることを指摘する必要があるが、これを指摘した答案は多くはなかった。そして、甲社のような非公開会社では、募集株式の発行は、株主割当ての場合を除き、株主総会の特別決議による必要があるが（会社法第199条第2項、第202条、第309条第2項第5号）、このような基本的な事項の理解を欠く答案も少なからず見られた。

新株発行無効の訴えについて、提訴期間が徒過しているためこれを提起することができないことは、多くの答案で触れられていたが、提訴期間の徒過という重大な事実関係を見落とし、新株発行無効の訴えの可否のみを論じた答案も見られた。また、非公開会社では、提訴期間が1年間であるのに（会社法第828条第1項第2号括弧書き）、これを6か月間と誤って記述をした答案が相当数あった。そして、新株発行不存在確認の訴えの可否については、多くの答案が論じていたが、新株発行の実体を否定する要素として上記の事実（代表権を欠くEによる発行であったこと及び株主総会決議に瑕疵があったこと）等を、これを肯定する要素としてEが現に賃貸用の建物を出資しているという事実等をそれぞれ挙げた上で、新株発行不存在といえるか否かを事実即して論ずることができていた答案は、多くはなかった。なお、新株発行不存在といえるか否かについては、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。新株発行不存在確認の訴えに関する判決が確定した場合の法律関係については、触れている答案がそれなりにあったが、丁寧に論じた答案はあまり見られなかった。

- (3) 設問2（本件借入れの効果の帰属）では、まず、本件借入れに係る借入金の返還請求を主張するHの立場では、①Eについて表見代表取締役に関する規定（会社法第354条）を類推適用することができること、②Eに代表権がないとしても、故意に不実の事項を登記した場合の効果（同法第908条第2項）が認められることを、それぞれ主張することが考えられ、他方、借入金の返還請求を否定する甲社の立場としては、Eに代表権がないことを主張し、上記①②に係る瑕疵についてHに悪意又は重過失があったことを主張するほか、③本件借入れは、甲社にとって多額の借財（同法第362条第4項第2号）に該当するところ、その取締役会の決議を経ておらず、かつ、Hは取締役会の決議を欠いていることを知

り又は知ることができたこと，④本件借入れは，甲社の事業上の必要性によるものではなく，Eの個人的な思惑によるものである点で，権限濫用行為に該当するところ，Hはこれを知り又は知ることができたことを主張することが考えられる。

しかし，上記①から④までの四つの問題点の全てについて論じた答えは，ほとんど見当たらず，多くの答えは，上記①（表見代表取締役）と上記③（多額の借財）の一方又は双方を論ずるにとどまっていた。そして，答えの内容としては，上記①については，使用人にすぎないEについて表見代表取締役に関する規定を類推適用することの是非を論じ，上記③については，事実にして，本件借入れが「多額の借財」に該当するか否か，そして，Hは取締役会の決議を欠いていることを知り又は知ることができたか否かについて論じていた。しかし，上記①から④までについてHに悪意又は過失（重過失）があったか否かを論ずる際に，それぞれ悪意等の対象が異なるにもかかわらず，正確に記述しない答えも少なくなかった。

上記①から④までの論理的関係（上記①又は②の主張が認められるとしても，上記③又は④により瑕疵がある場合には，本件借入れの効果は甲社に帰属しないこと）を意識して論じた答えも僅かながら見られ，このような答えは高く評価した。しかし，例えば，上記③（多額の借財）に関する取締役会の決議を欠いているという瑕疵が，上記①（表見代表取締役）に関する規定の適用により治癒されるという誤った理解に基づく答えも見られた。

なお，設問2は，H及び甲社の立場において考えられる主張及びその主張の当否を問うものであり，主張の概要を簡潔に指摘した上で，その当否を丁寧に論ずることが期待されるが，主張についての記述内容をその当否としてそのまま繰り返すものや，主張のみを記述して当否を論じないものも見られた。

- (4) 設問3（CのD及びEに対する株主代表訴訟）では，まず，甲社は非公開会社であるのに，株主代表訴訟の原告適格として株式の6か月間の継続保有を要するとの誤った記述をした答えがかなり見られた。

Dに対する株主代表訴訟については，Dの取締役の退任登記はされているが，Eが適法な取締役選任手続を経ていないため，甲社において，A及びCだけでは法律で定められた取締役の員数（会社法第331条第4項）を充たしておらず，任期满了により退任したDがなお取締役としての権利義務を有する地位にあること（同法第346条第1項）を前提に論ずることが必要であるが，この点を指摘した答えは極めて僅かであった。他方，Dが積極的に違法な借入れ及び貸付けの実行を制止するために適切な措置を講じなかった点について，損害と因果関係のある任務懈怠として，Dの監視義務違反が認められるか否かを事案に即して検討した答えはそれなりに見られた。

Eに対する株主代表訴訟については，まず，使用人にすぎないEについて，事実上の取締役に該当するなどとして，会社法第423条第1項の類推適用によりEの任務懈怠責任を肯定する余地があることは，多くの答えで論じられていた。また，Eの任務懈怠の内容として，本件借入れ及び本件貸付けについて，多額の借財及び重要な財産の処分として必要となる取締役会の決議を欠いていることを指摘する必要があるが，これを正しく指摘した答えは多くはなかった。他方，EがFから相続した甲社に対する所有権移転登記義務について，そのような債務も

株主代表訴訟の対象とすることが認められるか否かを論じた答案は全体の半数程度であったと見受けられるが、この点につき、判例の見解を紹介するなどして詳しく論じた答案はほとんど見られなかった。

- (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、事実の当てはめを適切にした上で、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事実即して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、新株発行不存在事由の存否が、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

非公開会社における募集株式発行の手続、新株発行の無効ないし不存在、表見代表取締役、不実の登記、多額の借財、代表権の濫用、株主代表訴訟の対象等についての規律は、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、事実を当てはめる力と論理的思考力を養う教育が求められる。

平成26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、既に公表されている「平成26年司法試験論文式試験問題出題趣旨【民事系科目】〔第3問〕」のとおりであるから、参照されたい。

民事訴訟法分野では、従来と同様、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、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、といった点を評価することを狙いとしており、このことは今年も同様である。

2 採点方針

答案の採点に当たっては、上記①から③までの観点を重視するものとしたことも、従来と同様である。上記②と関連するが、問題文において問われていることに正面から答えていなければ、点を与えてはいない。題意を十分に理解せず、自らが知っている論点について長々と記述する答案、自らが採用する結論とは直結しない論点について広く浅く書き連ねる答案が相当数存在したが、これらの答案は、問われていることに答えていないものとして評価するなど、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に再現するのではなく、設問を検討した結果をきちんと順序立てて自分の言葉で表現しようとする姿勢が極めて大切であり、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と言えるかどうかについても留意している。

3 採点実感等

(1) 全体を通じて

関係する事実関係のほか、課題を解決するための手掛かりとなる最高裁判所の判決、解答の方向性又は視点を示唆する弁護士L1等の発言が問題文に示されているにもかかわらず、これらを自らの議論の展開に十分活用できていない答案が数多く見られた。設問1及び設問2では関連する最高裁判所の判決を説明・紹介しているが、それをどう自分の解答における理由付けと結び付けるかについての論述が十分でない答案、設問3では既判力の一般的な意義や作用に関する論述に多くを割いている答案がその例である。

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

(2) 設問1について

本問では、関連する最高裁判所の判決が示され、訴訟上の和解についての表見法理の適用という課題について検討すべき点として、判旨が挙げるような取引行為と訴訟手続の違いや、手続の不安定を招くといった点を否定的な立場の根拠とすることに説得力があるかを踏まえるべきことが問題文に示されているから、おおむねそのような流れで論述する答案がほとんどではあった。しかし、論述の内容は、訴訟上の和解は取引行為に類似するという結論を述べるにとどまるものが多く、なぜ訴訟上の和解についてそのように評価することができるのかについて、例えば、訴訟上の和解の私法上の契約としての側面、すなわち和解契約には互譲という取引的性質が存在することを指摘するなどして、具体的に論じている答案は少なかった。また、訴訟行為への表見法理の適用の可否は、典型論点というべきものであったためか、問題文が訴訟上の和解について検討することを求めているにもかかわらず、上記典型論点に関わる議論を一般的に展開することに過度に重点を置き、訴訟上の和解の点については極めて淡泊な記載しかない答案が多く見られた。このような答案は、与えられた事案に即した検討を行うという姿勢に欠けると言うべきである。また、本問は、関連する最高裁判所の判決の射程が及ぶかを検討した上で、訴訟上の和解の効力を維持する議論をすることを求めているにもかかわらず、訴訟行為にも表見法理を適用すべきであり、判例変更が必要であるなどと論じるものが散見された。このような答案も、題意を的確に捉えた答案とは言い難い。他方で、表見法理の適用が手続の不安定を招くという点については、それが善意悪意という主観的要件によって訴訟行為の効力が左右される結果となることについての指摘であることを、正しく理解していない答案も散見された。

さらに、本問では、訴訟上の和解の効力を維持する方向で論述することが求められているにもかかわらず、訴訟上の和解に表見法理を適用することは困難であると述べ、本問における和解は訴訟行為としては無効であるが、私法上の和解としては効力が認められるとし、かつ、それで論述を終えるものが多くあったほか、これに加えて、再訴を提起して私法上の和解の効力を主張すればよい、と指摘する答案も散見された。これらは、設問を読んでいないのではないかとさえ思われる答案であり、また、再訴を提起すればよいとする答案を書いた受験者には、×とその訴訟代理人であるL1弁護士の立場からすれば、商業登記簿の記載を信頼して行動せざるを得ない立場にある者に再訴の提起という時間的、経済的な負担を課す一方で、代表者の交替を公示すべき責めを果たさなかった者に本件和解契約により負担した義務の履行を先延ばしすることを認めるものであり、当事者としておよそ受け入れ難い結論であることに気付いてほしいところである。

(3) 設問2について

本問では、関連する最高裁判所の判決が明示され、その内容を踏まえるべきことが要求されていたが、当該判決に全く触れていない答案やその内容を踏まえたのかどうか不明と言わざるを得ない答案が相当数あり、これらの答案は、題意に答える姿勢を欠くものである。

答案としては、上記最高裁判所の判決について、訴訟代理人の権限には一定の限界ないし制限が存在するものとしている判例であると説明し、その上で、本問の和解条項第1項について、L2弁護士に与えられた権限の範囲内にあるかどうか

かを論ずることまではできている答案が比較的多かった。しかし、本人が和解案の受諾を拒んで帰宅したのに訴訟代理人が和解を成立させたという上記最高裁判所の判決における事情にとらわれ、これと対比すれば、そのような事情のない本件においては訴訟代理権の範囲内にあると認められるなどと記載する答案が、相当数あった。また、反省して謝罪することは、Aにとって負担にならず、経済的な不利益もないとして、当該権限の範囲内にあると結論付ける答案も相当数あった。これらの答案は、特段の規範を定立しないまま事実関係を評価して結論を述べているだけで、法律論の体をなしておらず、法曹を目指す者の答案としては十分な評価を与えることはできない。本問では、Aは、訴訟代理人のL2弁護士に対し、民事訴訟法第55条第2項第2号の和解に関する特別授權をしていたことが明示されているのであるから、当該和解に関する権限がいかなる範囲のものかについて、自分の言葉で規範を定立した上で、本問ではどのような事情からその範囲内にあると結論付けない限り、法律問題に対する解答とは言い難いであろう。そうすると、例えば、和解に関する権限がどのような範囲と解されるのかについては、「和解」の性質という観点からアプローチすることが考えられるが、そのようなアプローチ、すなわち、典型契約としての和解が内容として互譲性を要素としていることを指摘し、和解に関する権限を授權したということは、互いに譲歩する権限を与えていることを意味するから、それが当該権限の範囲を画している、といった論理を展開する答案は少なかった。これは、論述に当たって必要となる規範の定立とはどのようなことを理解していないのではないかと疑わせるものである。

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

さらに、Aが訴訟代理人であるL2弁護士に与えた訴訟代理権はその権限の範囲が限定されていないものであると論じ、本問の和解条項第1項について、L2弁護士に与えられた権限の範囲内にあると結論付ける答案も、一定数あった。しかし、そのような答案においては、上記最高裁判所の判決をそのような内容のものとして理解することができるのかなど、判決を踏まえた論理の構成が不十分なものや、なぜAがL2弁護士に与えた権限の範囲が無制限であると解すべきかについて具体的な論述がされていないものがほとんどであり、残念であった。

(4) 設問3について

本問では、問題文において、訴訟上の和解につき既判力肯定説に立ちつつ、和解条項第2項及び第5項について生じる既判力を、①本件後遺障害に基づく損害賠償請求権の主張を遮断しない限度にまで縮小させる、あるいは、②本件和解契約は同請求権を対象として締結されたものではないから、本件の和解条項第2項

及び第5項には同請求権を不存在とする趣旨の既判力は生じない、との立論の在り方が例示されていた。ただ、これらは、訴訟上の和解に関して、必ずしも典型論点とはされていないものであることから、上記各立論をどのような考え方や本件の事案に含まれる事情によって成り立つものとするのかについて論述することとなる。

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

そして、上記原則に対する例外と言うべき、上記①又は（及び）②の立論を行うのであるが、上記各立論の違いを必ずしも意識することなく、既判力の根拠としての手続保障や蒸し返しの禁止といった確定判決の既判力に関する一般論を述べるにとどまる答案がほとんどであった。別の言い方をすると、本問が訴訟上の和解について既判力を縮小しようとするものであるから、例えば、訴訟上の和解に既判力を認める理由をどのように考えるのか、そして、当該理由との関係で、本件後遺障害に基づく損害賠償請求権に係る訴訟上の和解を題材にした本問の事案に照らすと、どのような具体的な事情を踏まえれば既判力の縮小という結論を導くことができるのか、あるいは、上記損害賠償請求権には和解の既判力の遮断効が及ばない（和解による合意内容の限定）という結論を導くことができるのかについて、自分の言葉で論述する答案は少なかった。

特に、本問では、民事訴訟法第117条を単純に類推適用するのではなく、人身損害の損害賠償を主に念頭においてそのような規定が作られた趣旨を参考にしたいとの観点が示されているにもかかわらず、人身損害の特殊性を指摘しない答案や、単純に民事訴訟法第117条を類推適用すべきであると論述する答案が相当数あった。このような答案は、問題文をよく読んでいないのではないかとの疑念を抱かせる。

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

るを得ない。

4 法科大学院に求めるもの

民事訴訟法分野の論文式試験は、民事訴訟法の教科書に記載された学説や判例に関する知識の量を試すような出題は行っていない。むしろ、当該教科書に記載された基本的な事項を正確に押さえ、判例の背景にある基礎的な考え方を理解しておくことが必要である。そして、それらを駆使して、問題において提示された事情等に照らし、論理的に論述する能力を養うための教育を行う必要がある。また、上記3(2)において、設問1に関して、再訴の提起による解決を指摘する答案についてその不合理性を指摘したが、これは、判決（すなわち債務名義）を得ることには、通常、多大な労力を要することを踏まえたものである。法曹養成制度は、文字通り、法曹実務家を養成するための制度であることに照らせば、民事訴訟法分野に係る教育においては、学生に対し、現実の民事訴訟制度を実感させる教育（民事執行制度との連続性を意識させる教育）が期待される。加えて、上記3(3)において、設問2に関して、民法の和解契約が互譲を本質的要素とするものであることから論旨を展開する答案が少なかったことを指摘したが、これとの関係で、各法科大学院には以下のことを希望したい。すなわち、かつて司法試験において民法と民事訴訟法の融合問題が出題されていた頃は、各法科大学院においても、分野横断的な授業科目を設けて熱心に教育に取り組んでいたが、融合問題が廃止されて以降、そうした授業科目を必修から外したり廃止したりする動きがあるようである。もちろん、融合問題の廃止は相応の理由があつてのことであり、また、各法科大学院がそれに対応して行動することは理解できるが、そのことが、分野横断的に問題を把握することの重要性に関する法科大学院生の認識を希薄にし、民法は民法、民事訴訟法は民事訴訟法というように、相互の連関を意識することなくばらばらに学習する態度を助長しているとすれば残念なことであり、設問2を採点してそのような懸念を感じたところである。各法科大学院においては、融合問題の廃止にかかわらず、この点に関する学生の意識を喚起するよう努めていただけると有り難い。

5 その他

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。）、文字色が薄い字、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。司法試験はもとより字の巧拙を問うものではないが、心当たりのある受験者は、相応の心掛けをしてほしい。また、「けだし」、「思うに」など、一般に使われていない用語を用いる答案も散見されたところであり、改めて改善を求めたい。

平成26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

本問では、具体的事例に基づいて甲乙丙それぞれ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問題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、乳児Aの母親である甲が、Aを殺害するためAに対する授乳等をやめたところ、甲と同棲中の丙が、これを見て見ぬふりをするなどし、その後、甲とは別居中である甲の夫乙が、甲丙の留守中にAを連れ出し、Aと共にタクシーの運転手による事故に遭ったが、Aのみ死亡したという具体的事例について、甲乙丙それぞれ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、さらには、甲乙丙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。

甲乙丙それぞれの罪責を検討するに当たっては、甲乙丙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。

出題の趣旨でも示したように、本問における甲丙の罪責としては、いずれも殺人罪の成否が主要な問題となり、乙の罪責としては、住居侵入罪及び未成年者略取罪の成否が主要な問題となることであり、このうち、特に主要な問題点としては、以下のものが挙げられる。

甲の罪責の検討においては、一つ目として、Aに対する授乳等をやめるという不作為に及んだ甲につき、不真正不作為犯の実行行為性に関する自説の展開及び当てはめが必要となり、二つ目として、甲の実行行為によってAが脱水症状や体力消耗により死亡する現実的危険が生じた後、乙の故意によるAを連れ去る行為やタクシーの運転手の過失による事故という事情が介在してAが脳挫傷により死亡したことにつき、因果関係に関する自説の展開及び当てはめが必要となる。どちらの論点も、殺人罪の構成要件要素である実行行為（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、その中で見解を示した上での的確で丁寧な当てはめを行うことが求められる。

丙の罪責の検討においては、一つ目として、丙が、Aに生命の危険が生じた頃、甲がAに授乳等をしないことに気づき、甲の意図を察知したが、甲に対する措置を

何ら講じず、見て見ぬふりをした点につき、甲との共犯関係の成否を認定する必要がある。特に、丙とAの関係やAに対する授乳等は甲が行っていたこと等についてどのように評価するのかについては、片面的共同正犯の肯否についていずれの立場に立つとしても、甲に作為義務を認定した論拠と矛盾なく、丙の具体的な作為義務等を丁寧に検討することが求められる。また、二つ目として、丙が、病院で適切な治療を受けさせない限りAを救命することが不可能な状態となった後、甲の母親から電話で訪問したいと言われたが、嘘をついて断った点につき、作為による殺人罪の単独正犯としての実行行為と認定するか、作為による殺人罪の幫助行為と認定するか、見て見ぬふりの不作為犯を犯している間の一事情と認定するかはともかく、その成立要件に事実関係を的確に当てはめて結論に至ることが求められる。

乙の罪責の検討においては、住居侵入罪の保護法益及び実行行為の意義、未成年者略取罪の主体及び略取の意義を吟味し、乙が甲方へ侵入してAを連れ去った行為を、衰弱が深刻なAを救出する行為と評価する余地もあることにつき、違法性阻却事由のいずれを検討するかはともかく、各成立要件に事実関係を的確に当てはめ、各自の結論に至ることが求められる。

その他、甲について中止未遂罪の成否、丙について片面的幫助犯の肯否、各犯罪の故意、罪数等、本問で論じるべき問題点は、多岐にわたるが、いずれも、刑法解釈上、基本的かつ重要な問題点であり、これら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、甲乙丙それぞれについて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。

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) 甲の罪責について

ア 授乳を再開して以降は殺意がないことを理由に、殺人罪の成否を検討せず、保護責任者遺棄致死罪の成否のみを検討する答案

イ 作為義務に触れていない答案

ウ どの行為を実行行為としているのか判然としない答案

エ 実行の着手を認定する前に、因果関係の有無や中止未遂罪の成否を検討している答案

オ 因果関係の有無を検討する前に、中止未遂罪の成否を検討している答案

カ 因果関係の有無を判断するに当たっては危険の現実化という要素を考慮するという見解を示しているものの、当てはめにおいて、危険と結果のいずれについても具体的に捉えていない答案

(3) 丙の罪責について

- ア 不真正不作為犯の成立範囲を限定すべきと論じる一方で、作為義務の検討が不十分なまま、単独正犯を認める答案
- イ 正犯意思があると認定し、それのみを理由に、単独正犯を認める答案
- ウ 共犯の成否を全く検討していない答案
- エ 身分犯に関する解釈のみで共犯を成立させる答案
- オ 幫助犯が成立するとしているものの、幫助の故意の内容が不正確な答案

(4) 乙の罪責について

- ア 住居侵入罪の保護法益を住居権とする見解に立ち、甲が住居権者であるかどうかの問題と、乙が住居権者ではなくなったかどうかの問題とを混同している答案
- イ 未成年者誘拐罪を認定した答案
- ウ 未成年者略取罪の保護法益を親の監護権とする見解に立ち、甲のAに対する養育状況を問題にすることなく、安易に同罪を成立させる答案

(5) 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るが、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。

(6) 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、本問の出題の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、甲乙丙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、本問の出題の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、甲乙丙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等である。

「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、本問の出題の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等である。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

刑法の学習においては、総論の理論体系、例えば、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問題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、単に結論のみを覚えるのではなく、当該判例の具体的事案の内容や結論に至る理論構成等を意識することが必要であり、当該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26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、そこに現れた捜査及び公訴提起に関連して生じる刑事手続法上の問題点について、それを的確に把握し、その法的解決に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を経て導かれた法準則を適用して一定の結論を導き、その過程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〕1は、殺人及び窃盗事件に関し、司法警察員Pが被疑者甲をその住居から警察署まで任意同行して取り調べた後、同人を同警察署付近のホテルに宿泊させ、その翌日に行った「①甲の取調べ」、その後、同人を引き続き同ホテルに宿泊させ、その翌日に行った「②甲の取調べ」について、それぞれの適法性を問うものである。刑事訴訟法第198条に基づく任意捜査の一環としての被疑者取調べがいかなる限度で許されるかについて、その法的判断枠組みを明確に示した上で、宿泊を伴う本事例の取調べに現れた具体的事実がその判断枠組みの適用上いかなる意味を持つのかを意識しつつ、各取調べの適法性を論じることを求めている。

〔設問1〕2は、甲が殺人及び窃盗事件で起訴された後に行われた「③甲の取調べ」について、その適法性を問うものである。起訴後の被告人の取調べが許されるか、許されるとしていかなる限度で許されるかについて、起訴後においても公訴維持のために被告人の取調べが必要となる場合があることを踏まえつつ、公判中心主義及び当事者主義の各要請のほか、関連する刑事訴訟法上の制度にも留意し、それらと整合的な法解釈を示した上で、それを本事例の具体的事実関係に適用して結論を導くことを求めている。

〔設問2〕は、起訴後の捜査の結果、検察官が当初の立証方針を改め、公判において起訴状記載の訴因とは異なる事実を立証しようとする場合、訴因変更が必要か、また訴因変更が可能かについて、訴因と新たな立証方針との間で生じた変動がいかなる事実に関するものか、それは「罪となるべき事実」を特定して記載した訴因においていかなる意味を持つ事実であるかを意識しつつ論じることを求めている。その際、訴因変更の要否については、本事例が、公判前整理手続開始前、すなわち検察官による具体的な主張・立証に先立つ局面のものであることに留意する必要がある。また、訴因変更の可否については、刑事訴訟法第312条第1項所定の「公訴事実の同一性」の有無をいかなる基準・方法により判断するかを、法解釈として明確に示した上で論じる必要がある。

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。

前記各設問は、いずれも捜査及び公訴の提起・維持に関し刑事訴訟法が定める制度・手続及び判例の基本的な理解に関わるものであり、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、本事例において何を論じるべきかは、おのずと把握できるはずである。〔設問2〕で問題となる訴因変更の要否は、検察官が起訴状記載の訴因と異なる事実を意識的に主張・立証しようとして、その主張・立

証に先立って訴因変更しようとする局面のものである点で、一般に「訴因変更の要否」という名の下に論じられている問題、すなわち証拠調べの結果、裁判所が訴因と異なる事実を認定するに当たり検察官による訴因変更手続を経る必要があるかという問題とは局面を異にし、法科大学院の授業で直接扱われることは少ない問題かもしれない。しかし、そのような局面を取り上げ、起訴状に訴因を明示する趣旨の根本に遡り、かつ、前後の刑事手続の流れを見据えた考察を求めることにより、典型的「論点」に関する表層的・断片的な知識にとどまらない刑事手続上の制度の趣旨・目的の奥深い理解と、刑事手続の動態を踏まえた柔軟で実践的な考察力の有無を問うものである。

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〕1については、事例に現れた法的問題を的確に捉え、任意同行後の宿泊を伴う取調べの適法性について、刑事訴訟法第198条及びそれに関する基本的な判例法理の理解を踏まえつつ、適法性の判断枠組みを明確にした上で、事例中の具体的事実をその意味を意識しながら適切に抽出・分析・整理し、それを前記枠組みに当てはめて説得的に結論を導いた答案が見受けられた。

次に、〔設問1〕2については、起訴後の被告人の取調べについて、刑事訴訟法上の原則を踏まえて問題点を正確に把握し、その許容性と許容要件に関する検討を尽くした上で、本事例に現れた具体的な事情の下、取調べが許されるかにつき的確に論じた答案が見受けられた。

また、〔設問2〕については、訴因変更の要否及び可否について、本事例の訴因と検察官の立証方針との間に生じた事実の変動を正確に見据えた上で、制度趣旨及び判例法理の理解を踏まえつつ、かつ、本件が検察官の具体的な主張・立証に先立つ段階における訴因変更の問題であることを明確に意識して論じた答案が見受けられた。

他方、抽象的な法原則や判例の表現を暗記してそれを機械的に祖述するのみで、具体的事実これを適用することができていない答案や、そもそも具体的事実の抽出が不十分であったり、その意味の分析が不十分・不適切であったりする答案も見受けられた。

〔設問1〕においては、任意同行後の宿泊を伴う取調べの適法性が問われているのであるから、刑事訴訟法第198条に基づく任意捜査の一環としての被疑者の取調べがいかなる限度で許されるかにつき、その法的判断の枠組みを示すことができないなければならない。この点については、最高裁判例（最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁。いわゆる高輪グリーン・マンション殺人事件）が、第一に、強制手段を用いることは許されない、第二に、強制手段を用いない場合でも、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において許容されるという二段階の適法性の判断枠組みを示しており、本問では、この判例法理の正確な理解を踏まえ、適法性の判断枠組みを示すことが求められる。ところが、このような判断枠組みを明確に示すことなく、漫然と事例の検討を進めた結果、強制処分に該当するかどうか（以下、「強制処分性」という。）の問題が意識されないまま、任意処分である

ことを（必ずしも十分自覚的ではないまま）前提として、その適法性のみを論じて終わる答案が少なからず見受けられた。

また、強制処分性及び任意処分としての相当性が問題となることには、一応理解が及んでいるものの、それぞれの内実に関する理解が浅く、強制処分性についても任意処分としての相当性についても、判断構造や判断要素が十分に意識されないまま、事例中の具体的事実を漫然と羅列して結論を導くような答案、両者の関係の理解が不十分で、強制手段を用いるものでないことを前提に任意処分としての相当性を問題としたはずなのに、相当性を逸脱していることを理由に強制処分に該当するとの結論を導くような答案も見られた。

判断基準への当てはめに関しては、初日の宿泊と2日目の宿泊とでは、その態様に大きな差異があるのであるから、その差違を明確に意識し、宿泊に関する具体的な事情が強制処分性及び任意処分としての相当性の判断においていかなる意味を持つのかについて適切な分析・検討を加えた上で、基準に当てはめることが求められる。また、「②甲の取調べ」について、強制処分性を否定し、任意処分としての相当性を論じる場合には、「①甲の取調べ」時点と「②甲の取調べ」時点とでは、甲に対する容疑の程度に差異が生じていることにも留意が必要である。しかし、これらの点について、事情の抽出が雑であったり、その意味の分析・検討が不十分であったりし、説得的な当てはめができていない答案が比較的多数見受けられた。とりわけ「②甲の取調べ」については、直感的に一定の結論を思い定め、その結論に結び付けようとする余り、具体的事情の抽出が恣意的であったり、その分析がいささか非常識ではないかと感じさせたりするものも散見され、事案に即応した法的判断力の欠如を危惧させた。判例に現れた宿泊を伴う取調べがいかなる事案においていかなる態様のものではあったのか、それは適法・違法の境界線から見てどのような位置付けがされるべき事案なのか（限界事例であったのかどうか）という点にまで理解が及んでいれば、おのずとより説得的な当てはめができたはずであるとも思われ、判例の理解が浅薄であることも懸念された。

なお、本事例において、初日の宿泊はその翌日の「①甲の取調べ」のための出頭確保の手段として、また2日目の宿泊はその翌日の「②甲の取調べ」のための出頭確保の手段として、それぞれ用いられている。答案の中には、例えば、「①甲の取調べ」の適法性について、それに引き続く同日夜の宿泊（2日目の宿泊）が及ぼす影響を論じたものも少数ながら見られたが、このような答案は、上述のような宿泊と取調べの関係を適切に把握できていないものといわざるを得ない。

〔設問1〕2については、起訴後の被告人の取調べの適法性が問われているにもかかわらず、余罪取調べの可否を論じるなど、そもそも問題の所在に気付いていない答案が、少数ではあるが見受けられた。

多くの答案は、起訴後の被告人の取調べが公判中心主義及び当事者主義の要請の少なくともいずれかと抵触するおそれがあり、その許容性に問題があることは指摘できていたものの、その一方で、刑事訴訟法第198条は取調べの対象を「被疑者」とするのみで、「被告人」の取調べについては何ら規定がないところ、この点を指摘・検討した答案は少なかった。

起訴後の取調べについては、最決昭和36年11月21日刑集15巻10号1764頁が、「被告人の当事者たる地位にかんがみ、……なるべく避けなければ

ならない」としつつも、刑事訴訟法第197条第1項の任意捜査として許される場合がある旨判示している。したがって、その事案と判示内容を踏まえた上で、問題の所在を的確に指摘し、どのような取調べであれば当事者主義との抵触を避けることができるか、任意性を確保するにはどのような方策が必要かを意識しつつ、適法・違法の判断基準を明確にし、本事例に現れた事情をその基準に当てはめて結論を導けば、説得的な論述ができたはずである。公判中心主義との関係では、刑事訴訟法上、少なくとも第1回公判期日前の証拠収集活動が一定程度認められていること（同法第179条、第226条、第227条等）にも注意が払われてよかった。しかし、これら全てを満たした答案は、残念ながらほとんど見られず、むしろ、起訴後の取調べの問題点を一定程度指摘しつつも、捜査の必要性があることを理由にこれを適法としたり、窃盗の事実から盗品等無償譲受けの事実への訴因変更が予定されており、それは被告人に有利な変更であるからという理由でこれを適法としたりするなど、安易な理由付けで結論に至っているものも相当数存在した。そこからは、起訴後の被告人の取調べと公判中心主義及び当事者主義との緊張関係の理解が表面的かつ抽象的なものにとどまり、判例にも十分な理解が及んでいないことがうかがわれた。

次に〔設問2〕については、検察官が講じるべき措置として訴因変更が問題となることはおおむね理解されていた。

本事例では、起訴状記載の訴因と検察官の新たな立証方針とを比較すると、第1事実（殺人）については、犯行の日時に変化を生じており、第2事実（窃盗）については、実行行為が盗品等無償譲受け行為へと変化し、犯行の日時・場所にも変化を生じているから、そのような変動を踏まえ、第1事実、第2事実それぞれについて、訴因変更の要否及び可否を論じることが求められている。ところが、第1事実の犯行の日時の変化に伴う訴因変更の要否について、全く触れていない答案が思いの外多かった。また、殺人の犯行日時の変化に言及した答案の多くは、殺人の訴因において、犯行日時は「罪となるべき事実」の特定に不可欠な事項ではないとした上で、それが被告人の防御にとって重要な事項となる場合であれば、原則として訴因変更が必要であるものの、被告人に不意打ちを与えるものではなく、かつ、被告人にとって不利益な変動でもない場合には、例外的に訴因変更は不要である旨を論じていたが、これは、最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁の判示に依拠したものと思われる。この判例の理解は重要であり、多くの答案ではおおむね正しく理解されていたが、同判例が、証拠調べの結果、裁判所が訴因と異なる認定をするに当たり、検察官による訴因変更手続を経る必要があるかという問題に関するものであるのに対し、本事例では、公判前整理手続の開始前、検察官による具体的な主張・立証がされておらず、それに対する被告人側のアリバイ等の主張も何ら行われていない段階での訴因変更が問題であり、この点に留意した論述が求められている。したがって、論述に際しては、公判において主張・立証を主導する検察官の立場やそのような検察官が設定する訴因の役割、後の公判前整理手続における争点整理の要請等を踏まえた上で、検察官が立証方針を変更した場合に何が求められるかとの視点や、訴因を変更すること、又は変更しないことが、被告人の将来の防御権行使にいかなる影響を与えるかとの視点が必要であるが、このような論述がなされた答案は僅かであり、前記判例法理を漫然と記載し、例えば、審理において犯

行日時が事実上の争点となっていたかなどと、およそ本事例では問題とならない要素に言及した答案も少なからず見受けられた。また、第2事実については、訴因変更が必要であることに関しては、大部分の答案で一応の論述がされていたが、変動した事実が「罪となるべき事実」を特定した訴因においていかなる意味を持つ事実かを端的に指摘し、訴因変更が必要である理由を明瞭に示すことができていたものは、思いの外多くはなかった。

次に、訴因変更の可否については、刑事訴訟法第312条第1項所定の「公訴事実の同一性」の有無に関する判断基準・方法を明らかにした上で、特に第2事実に関し、起訴状記載の訴因である窃盗の事実と、検察官が新たに立証しようとする盗品等無償譲受けの事実との間でそれを認めることができるか、両者の具体的な事実を比較検討して当てはめ、結論を導くことが求められている。

判例は、「公訴事実の同一性」につき、基本的事実関係が同一であるか否かを判断基準とし、基本的事実関係の同一性の判断においては、犯罪の日時、場所、行為の態様・方法・相手方、被害の種類・程度等の事実関係の共通性に着目して結論を導くものと、変更前の訴因と変更後の訴因の非両立性に着目して結論を導くものとが見られるが、答案の多くが、これらの基準に言及していた。もっとも、基本的事実関係の同一性と訴因の非両立性との関係については、明確に整理されていないものも少なくなかった。また、これらの基準を適用した判断方法、特に訴因の非両立性の判断方法については、十分自覚的でない答案も多く、例えば、具体的事実を十分比較することなく、窃盗と盗品等無償譲受けは構成要件上両立しないとして、そこから直ちに基本的事実関係の同一性、ひいては公訴事実の同一性を認めるような答案が一定数見られた。逆に、両事実は構成要件が異なっているとして、そこから直ちに基本的事実関係の同一性を否定する答案も存在した。

判例は、上述の基準について、犯罪類型ごとに一律の基準を定立しようとするものではなく、事案ごとの具体的な事実関係を前提に、変更前後の訴因の共通性や非両立性を検討し、基本的事実関係の同一性が認められるか否かを判断しているのであるから、本事例において、判例の考え方によるのであれば、事例に現れた具体的な事実を比較検討し、検察官が訴追しようとしている窃盗の目的物である指輪1個と盗品無償譲受けの目的物である指輪1個とが同一のものである点や、窃盗の犯行日時と盗品無償譲受けの犯行日時とが十分近接している点に着眼しつつ、両事実の共通性や非両立性を検討することが求められるが、これらの点に焦点を当て、その意味を的確に踏まえた論述ができていた答案は限られていた。

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、各取調べの適法性について、事例中の法的問題を明確に意識し、問題点ごとに制度趣旨と基本的な判例の正確な理解を踏まえた的確な法解釈論を展開した上で、個々の事例中に現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、公訴事実中の各事実の訴因変更について、訴因変更の要否及び可否に関する基本的な判例で示された基準を正確に理解した上で、判例で扱われた問題と本事例との違いにも留意しつつ、検察官による訴因変更の要否及び可否について論じることができた答案であるが、このように、出題の趣旨に沿った十分な論述がな

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一応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十分考えて分析・整理することには不十分さが残るような答案であり、〔設問2〕については、判例を踏まえた論述がされているものの、本事例の特徴、すなわち、検察官の立証方針の変更によるその主張・立証前の段階での訴因変更の問題であることを踏まえた検討がやや不十分であるような答案である。

「一応の水準」に達していると認められる答案とは、〔設問1〕については、法解釈について一応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る答案であり、〔設問2〕については、訴因変更の要否及び可否について一応の論述がなされているものの、本事例が、証拠調べを行う前の段階であることを無視し、事案に即した検討ができていないような答案である。

「不良の水準」とどまる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、刑事訴訟法上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だけの答案や、関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・展開することなく、単なる印象によって結論を導くかのような答案等、法律学に関する基本的学識と能力の欠如が露呈しているものである。例を挙げれば、〔設問1〕では、「③甲の取調べ」につき、被告人が勾留されていることを理由に取調べ受忍義務があるとして取調べを適法とするような答案、〔設問2〕では、第2事実について、理由を示すことなく公訴事実の同一性を否定して訴因変更はできない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、従前の採点実感においても指摘されてきたとおり、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を基本から深くかつ正確に理解すること、重要かつ基本的な判例法理を、その射程距離を含めて正確に理解すること、これらの制度や判例法理を具体的事例に当てはめ適用できる能力を身に付けること、論理的で筋道立った分かりやすい文章を記述する能力を培うことが強く要請される。特に、法適用に関しては、生の事例に含まれた個々の事情あるいはその複合が法規範の適用においてどのような意味を持つのかを意識的に分析・検討し、それに従って事実関係を整理できる能力の涵養が求められる。また、実務教育との有機的連携の下、通常の見査・公判の過程を俯瞰し、刑事手続上の基本原則や制度がその過程の中のどのような局面で働くのか、各局面ごとに各当事者は何を行わなければならないのか、それがどのように積み重なって手続が進むのか等、刑事手続を動態として理解しておくことの重要性を強調しておきたい。

平成26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）
公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

- 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問は、個人破産手続における破産債権の届出、調査、確定及び免責の効力についての基本的問題点に関する正確な理解と問題解決能力を問うものであり、採点の主眼は、設問1から設問3を通じ、事案から必要な論点を的確に抽出した上で、関連する条文の解釈や学説を説明し、説得力を持って自説を展開することができるかどうかには置かれている。

第2問は、敷金の取扱い及び相殺権に関する破産法及び民事再生法の規律の相違並びに再生計画の認可要件についての理解を問うものであり、採点の主眼は、設問1については、敷金及び相殺権に関する破産法と民事再生法の規律の相違点及びその理由を整理した上で、事例に即した的確な分析や比較検討ができるかどうか、設問2については、再生計画案の可決要件及びその趣旨を踏まえつつ、同案の不認可要件について自説を説得力を持って展開し、事例に対する的確な当てはめができるかどうかには置かれている。

- 3 採点実感等

- (1) 第1問

- ア 設問1前段

設問1前段は、破産債権の届出の追完の可否が論点であり、事例に基づき、届出をすることができなかつたことについて「責めに帰することができない事由」（破産法第112条第1項）があるかどうかを論じ、結論を導くことが求められる。

大方の答えは、論点の所在及び該当条文については理解した上で、事例に即して「責めに帰することができない事由」の存否を検討するという流れで論述することができており、とりわけ、届出の追完の制度趣旨を踏まえて「責めに帰することができない事由」の判断基準を示し、結論を導く上で根拠となる事実を丁寧に抽出して当てはめている答案については、高い評価が与えられた。また、「責めに帰することができない事由」の検討に当たり、Bが外国に長期滞在していたことから、直ちに同事由があるとの結論を導く答案も少なくなかつたが、こうした答案については、一応の水準に達しているとの評価にとどまつた。

他方、答案の中には、①Cの債権が確定していることを届出の障害事由として検討するもの、②同条第4項の届出事項の変更の可否を検討するもの、③同法第113条の届出名義の変更を検討するもの、④BにはCの債権の確定の効力が及ばないという理由で同法第112条第1項の要件の検討をすることなく届出ができるとするものなどがあり、これらの答案は、破産債権の届出の追完

についての基本的な理解を欠くものとして不良の評価となった。

イ 設問1後段

設問1後段は、Bの債権届出ができるとした場合に、破産管財人はその認否をどのようにすべきかを問うものであり、Cの届出債権が破産債権者表に記載されることにより生ずる「確定判決と同一の効力」（同法第124条第3項）が、破産手続内の効力として、Bを含む破産債権者及び破産管財人に及ぶことを根拠として、破産管財人Xとしては、Cの確定届出債権と同一の債権を対象とするBの届出を認めないという対応をすべきことを論ずることが求められる。

この問いは、破産債権の確定という破産手続における重要な基本事項についての理解を問うものであるが、残念ながら、破産手続内における「確定判決と同一の効力」の問題であると気付いた答えは3割程度であり、①Bの届出に証拠がある以上、破産管財人は届出を認めるべきとするもの、②Bの破産債権について届出の追完を許す以上、破産管財人は届出を認めるべきとするもの、③配当表の更正（同法第199条第1項）によりCの届出債権をB名義に更正すべきとするもの、④破産管財人はCの破産債権を否認すべきとするものなど、論点すら理解していない答案が多く、これらの答案は不良と評価された。

また、「確定判決と同一の効力」の問題であると気付いたものの、確定判決と同一の効力は届出をしていない破産債権者には及ばないので、管財人は届出を認めることができるとするものや、Cの破産債権について触れることなく、手続保障のなかったBにはその効力が及ばないなどとして、Bの届出を認めるべきとするものが少なからずあり、これらの答案も低い評価となった。

他方、「確定判決と同一の効力」はBを含む破産債権者全員に及ぶとした上で、配当の基礎としての破産債権者表への調査結果の記載（確定）の意義や、破産手続の安定性・明確性の要請等についても論じ、管財人は否認すべきと結論付けている答案もあり、こうした答案は高く評価された。

全体に、破産債権者表に記載されることによる拘束力について適切に理解できていないと思われる答案が多く、破産手続における重要な基本事項について、しっかりと理解しておくことが必要であると感じられた。

ウ 設問2

設問2については、債権確定の破産手続外での拘束力が問題になることを指摘した上で、この点に関する見解（既判力説、手続内効力説、手続外限定効力説等）を踏まえて、自説を明らかにし、本問におけるBの主張が許されるかを論ずることが求められる。

本問については、確定判決と同一の効力について検討した答案が、設問1後段よりは多かったものの、①この点が全く検討されずに、不当利得の要件のみを検討しているもの、②同法第221条第1項の適用を検討しているもの、③同法第124条第3項の「確定判決と同一の効力」が及ぶ範囲には届出をしていない破産債権者は含まれないとするものなども少なくなく、これらの答案は不良と評価された。

他方、本問は、「確定判決と同一の効力」が手続外に及ぶのかという問題であり、その効力はBを含む破産債権者全員に及ぶことを提示した上で、Bの手

続保障がないことなどを指摘するなどして掘り下げた議論をしているものや、再審による救済について論じているもの、Bにあえて知らせなかったCは信義則上既判力を主張できないなどとしてBの救済を図った答案については、その議論内容に応じ積極的に評価した。

エ 設問3

本問は、Dの損害賠償請求権（破産債権）が非免責債権かどうかについて、同法第253条第1項第2号及び第6号の要件を検討した上で、免責決定の確定の効力についての見解（自然債務説、債務消滅説）を踏まえ、予想されるA及びDの主張を成立し、免責の対象となる債務を目的とする準消費貸借契約の効力について論ずることが求められる。

非免責債権の該当性については、上記のとおり、2号該当性と6号該当性の2つの論点について論ずる必要があるところ、双方の論点について論じているものは必ずしも多くなく、まずはこの2つの論点があることに気付くかどうか点数に差がつく要因となった。2号該当性については、この論点に気付いてはいるが「悪意」の意味について敷衍できていないもの、解釈の理由について記載のないものなどがあり、また6号該当性について論じていない答案が相当数あった。他方、2つの論点があることを理解した上で、同各号の趣旨なども論じつつ、非免責債権には該当しないとの結論を導いている答案は高く評価された。

準消費貸借契約の効力については、多くの答案が免責の効力を論じていたが、免責決定確定の効力についての対立する見解（自然債務説、債務消滅説）についても全く触れず、自然債務になるとした上で直ちにDの請求を否定すべきとする答案から、対立する見解の内容を丁寧に説明した上で自説を展開している答案まで、その検討の程度にはばらつきがあり、その内容・程度に応じて評価に差がつく結果となった。

さらに、自然債務説に立った場合には、準消費貸借契約の締結の任意性を検討することが必要となるところ、この点について言及しつつも簡単に任意性が認められると結論付けるものも多かった。他方、破産者の免責の趣旨に照らし任意性の存否については厳格に考えるべきではないかとの観点から掘り下げた検討をしている答案もあり、こうした答案は高く評価された。

本問全体を通じ、優秀と評価された答案は、まずは本件損害賠償債務の非免責債権該当性について、同法第253条第1項第2号及び第6号の制度趣旨を踏まえて論じ、本件損害賠償債務は非免責債権に該当しないと結論付けた上で、次に、準消費貸借契約の効力の検討に入り、免責の効力について自然債務説及び債務消滅説の対立があることを踏まえて自説を論じ、自然債務説に立つ場合には、任意性の有無を検討した上で、免責の趣旨も考慮しつつ事案への当てはめを丁寧かつ的確に行っている答案であった。

なお、本問の解答に当たっては、「予想されるA及びDの主張を踏まえて」論ずることが求められているにもかかわらず、自説のみを論ずる答案が散見されたが、当然のことながら、解答に当たっては、問題文をよく読み、いかなる記載が求められているかを十分に把握してから答案の記述をすることに留意すべきである。

(2) 第2問

ア 設問1

設問1は、清算型手続である破産法及び再建型手続である民事再生法において規律内容が異なる敷金の取扱い及び相殺権を取り上げ、破産法と民事再生法の規律の相違及び異なる規律がされている理由について正しく理解しているかどうかを問うとともに、これを具体的な事例に当てはめ、分析・検討することを求めるものである。

本問については、総じて、破産法及び民事再生法の関連条文を挙げ、その内容を平板に記述するにとどまっている答案が圧倒的多数であり、具体的な事案に即して論点を過不足なく抽出し、これを具体的な債権額や賃料月額が示された事例に当てはめて丁寧かつ的確に分析・検討することができている答案はごく少数であった。多くの受験生は、敷金の取扱い及び相殺権に関する破産法と民事再生法の規律についての基本的な知識はあるものと思われるが、これを応用し、具体的事例を前提として論点の整理・抽出を行い、当てはめを行う能力の涵養が望まれるところである。

個別的な論点については、まず、敷金返還請求権に関して、破産手続においては賃料の寄託請求ができること（破産法第70条）や、再生手続においては賃料の支払を条件に、原則として6か月分の賃料に相当する部分が共益債権になること（民事再生法第92条第3項）についての指摘は比較的多くの答案でなされていた。しかし、敷金返還請求権につき、停止条件付債権であると摘示しているにもかかわらず、賃料債務との相殺が可能としているものや、そもそも相殺の自働債権が貸金債権・敷金返還請求権のいずれであることを明示していない答案なども少なくなかった。さらに、「寄託請求」を「供託請求」とする誤りも散見された。

貸金債権に関しては、全く言及していないものや、単に破産債権又は再生債権として取り扱われると指摘するだけのものが相当数あり、貸金債権についての相殺を的確に論じることができるかどうかで評価に大きな差がつく結果となった。また、貸金債権の相殺に触れている答案においても、自働債権と受働債権の両面から検討している答案は少なく、相殺適状になっているのかどうか、すなわち弁済期にあるのかどうかについての言及も少なかった。他方、自働債権については、破産における自働債権の現在化による相殺権の拡張を論じた上で、これとの比較で、民事再生においては現在化がされないことを指摘し、さらに受働債権については、期限や条件の利益を自ら放棄することで対応できることなどにつき、その趣旨も踏まえて言及している答案は高く評価された。

なお、本問では、敷金返還請求権に関する再生計画案の内容につき問われているが、この点について何ら記載がないものが相当数存在した。前記のとおり、解答に当たっては、問題文をよく読み、いかなる記載が求められているかを十分に把握してから答案の記述をすることに留意すべきである。

イ 設問2

設問2は、民事再生法に関する問題であり、再生計画の認可要件についての基本的な理解を問うものであり、再生計画案の可決要件及びその趣旨を論じた上で、同法第174条第2項第3号にいう「再生計画の決議が不正の方法に

よって成立するに至ったとき」には、再生計画案の可決が信義則に反する行為に基づいてされた場合も含まれるのかについての自説を展開することが求められる。

本問については、多くの答案が、同号の「不正の方法」の解釈が論点であることを正しく理解していた。ただ、同法第172条の3第1項第1号のいわゆる頭数要件の趣旨の潜脱という観点から、「不正の方法」に当たるという結論を導くためには、頭数要件の内容や趣旨をしっかりと論じることが必要であるが、その点の論述が不十分であるために、「不正の方法」に関する解釈論や当てはめがやや物足りなく感じられた点は残念であった。また、信義則違反とする場合、いかなる点が信義則違反を肯定する根拠事実になるのかを事例から抽出して論じることが必要であるが、この点についての論述は必ずしも十分ではなかった。

総じて、本問については、多くの答案が論点を正確に理解していたことから、頭数要件の趣旨を踏まえて同法第174条第2項第3号の「不正の方法」に該当するかどうかの解釈論を展開できるかどうか、また、いかなる点が信義則違反を肯定する根拠事実になるのかを的確に記述することができたかどうかで評価に差がつく結果となった。

4 今後の出題について

本年は、個人破産手続について出題したが、今後も、特定の傾向に偏ることなく、基本的な事項に関する知識・理解を確認する問題、具体的な事案から論点を把握する能力を試す問題、倒産実体法及び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、倒産法における基本的な条文、判例及び学説を正確に理解し、身に付けることが最も重要であることは言うまでもない。その上で、修得した基本的な知識を応用し、事例を把握・分析して論点を過不足なく的確に抽出し、論理的かつ一貫性のある解釈論を展開して、妥当な結論を導く能力が求められる。

このような知識・能力の必要性は、倒産法の分野に限られるものではないが、倒産法は、実体法と手続法が交錯する法分野であり、民事訴訟法、民法等などについての幅広い理解・知識が基礎として求められる上、再建型及び清算型手続の異同についても理解することが必要であるなど、総合的かつ多角的な知識・能力が求められる分野である。

法科大学院においては、こうした点にも配慮しつつ、上記の知識の修得や能力の涵養を実現するための教育を期待したい。

平成26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。その際、所得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、Aの青色事業専従者であるDに支払った給与の全額が、「労務の対価として相当であると認められるもの」（所得税法第57条第1項。以下、第1問につき条文摘示は全て所得税法を指す。）として、Aの事業所得の金額の計算上、必要経費に算入できるかを問うものである。

多くの答案は、第56条から出発し、同条の例外として第57条を位置付けて、その立法趣旨を説明した上で、「労務の対価として相当であると認められるもの」といえるかを検討していた。また、相当性の判断基準として、①使用人給与比準、②類似同業者使用人給与比準、③類似同業者青色事業専従者給与比準が考えられるが、大多数の答案は、①あるいは③の基準に従って判断し、論証に当たって、問題文から事実を丁寧に拾い上げて論じており適切であった。

答案のパターンとしては、(a)①の基準に従って判断すべきであるが、Dが司法試験受験生であることを考慮すると510万円は相当な金額であるとするもの、(b)①の基準に従って判断すべきであり、それによると340万円が相当な金額であるとするもの、(c)③の基準に従って判断すべきであるが、司法試験受験生であることを考慮すると510万円は相当な金額であるとするもの、(d)③の基準に従って判断すべきであり、それによると平均の400万円が相当な金額であるとするもの、(e)③の基準に従って判断すべきであり、それによると納税者に有利な金額である最高額の450万円が相当な金額であるとするものなどがあつた。多くの答案が、自分が採用した基準についての合理性を自分なりに考えて説明していた。例えば、③の基準を採用した理由として、「妻である場合、夫を補助する立場として、通常の事務員より意思疎通が出来、生計を一にすることから、必死に働くといえる。よって妻であることの事情は考慮すべきであり、他の事務所で妻が雇われている場合に、妻に対して支払う対価を参考にすべきである。」というものや、逆に③の基準を採用できない理由として、「相当性の要件は、お手盛りの構造的危険のないように解釈されるべきであり、『類似するもの』（第57条第1項）は客観的に解さねばならない。他の青色専従者の比準にすることは、お手盛りの危険のある者への支払を参考にすることを意味するので、妥当ではない。」とするものや、「他の事務所の青色専従者については、事務員の仕事も多岐にわたり、秘書業務の対価も含まれていること、勤続年数の違いや事

務所の規模も違う可能性があることから、参考にするには不正確である。」とするものなどがあつた。

もっとも、510万円の給与の支払が、「労務の対価として相当であると認められる」金額を超えているとした答案の中に、Aの所得の金額の計算上どのように扱われるかについて、条文の読み方が不正確である答案が散見された。例えば、相当額を超える場合には、510万円の全額について、第56条が適用されるとして、必要経費不算入となるとする答案があつたが、第57条第1項、第2項の他の要件を充たしている場合には、「相当であると認められる」金額までは必要経費として控除できる。また、同条第3項の事業専従者控除の範囲（86万円）で必要経費に算入されるとする答案があつたが、そのような理解はそもそも同条第1項及び第3項の文理に沿わないだけでなく、問題文第3段落の事実関係からは同条第5項の確定申告書への記載要件を充たさないため、同条第3項の適用はない。

設問2については、ほとんどの答案は、第56条の適用の可否の問題であることを適切に指摘していた。適用肯定説が約8割、適用否定説が約2割であり、いずれの見解に立っても、DがAとは別の事務所において独立して事業を営んでいる点を指摘しており、全体としてよく書けていた。この問題については、適用肯定説の最高裁判決があるところ、同判決を適切に指摘して論証している答案があり、また、同判決を指摘していない答案も、その文脈から、同判決を意識して論証されていることがうかがえた。

設問3のうち、問題文2(1)の賃借権放棄の対価について、受験生が採用した見解には、譲渡所得説、事業所得説、一時所得説及び雑所得説があり、そのうち、一時所得説を採用した答案が多かった。しかし、一時所得とするためには、当然、他の所得区分の該当性を検討した上で判断すべきなのに、そのような手順を踏んでいる答案が少なかった。また、事業所得説を採る場合には、第27条第1項の括弧書で「譲渡所得に該当するものを除く」とされているから、譲渡所得該当性を検討すべきであるが、そのような検討がなされている答案も極めて少なかった。「出題の趣旨」に記載したとおり、賃借権放棄の対価については、賃借権が第33条第1項の譲渡所得の対象である「資産」に該当するか否かが最大の問題であり、借家権と借地権との違いや、部屋がビルの一室であったこと、さらには更新料が支払われていることなどを考慮して検討すれば論述に深みが増したであろう。しかし、これらの点を意識した論証を行う答案が極めて少なかった。なお、「資産」に当たるとする答案であっても、賃貸人に対する賃借権の放棄は「譲渡」ではないから、その対価は譲渡所得に該当しないとするものがかなりの数あつた。

次に、問題文2(2)の金銭は、費用の補填として受け取った金銭であるが、所得分類ごとに収入金額と必要経費とが対応させられるべきであるという所得税法の基本的な考え方からすると、まず、旧事務所からの引越費用と新事務所の内装工事費用とが所得分類のうちのどの必要経費（広義の意味）に該当するかを検討する必要がある。しかるに、旧事務所からの引越費用と新事務所の内装工事費用とで所得分類に違いがあるかにつき意識的に検討した答案も少数あつたが、ほとんどの答案は、両者を区別せず、一括して論じていた。受験生の見解としては、事業所得説、一時所得説及び雑所得説があり、雑所得説を採用した答案がかなりあつ

た。雑所得該当性を判断するためには、まず、事業所得該当性を検討し、それが否定された場合に一時所得の該当性を検討し、それが否定された場合に初めて雑所得となるという過程を経るべきなのに、そのような判断過程を経ていない答案が極めて多かった。また、一時所得説を採用した答案については、事務所の移転が、賃貸人Bの都合によりせざるを得なかったことから、Aの事業所得を生じる業務との関連で必要性がないとして、事業所得の必要経費性を否定する考え方もできるが、そのような観点から、一時所得説を採った答案が少なく、説得力ある論証がなされた答案が極めて少なかった。

なお、問題文2(1)及び(2)の金銭の双方あるいはその一方が、非課税の損害賠償金(第9条第1項第17号)であるとする答案が、少なからずあった。

この点を検討するに当たっては、一般に業務の遂行により生ずべき収益の補償は非課税所得に当たらないとされていることや、Aが各種費用を支出する場合にそれ自体が必要経費として控除可能になることなどを併せて考える必要がある。すなわち、必要経費を填補する損害賠償金を非課税とすると、一方で当該支出は要件を満たす限り必要経費に算入されるのに、他方でそれを填補する金額が事業所得の金額の計算上総収入金額に算入されないため、当該損害賠償金等の受領者に二重の利益を与えることになる。つまり、受け取った賠償金には課税されず、更に支出を必要経費に算入して課税所得金額を減少させることができる。このため、所得税法施行令第30条はその柱書の括弧書で必要経費を填補するための金額を非課税規定の適用対象から除外している。このような施行令の規定を知らなくとも、所得税法の基本構造をしっかりと理解していれば、解答が可能であったと思われる。

第1問の採点の結果、予想されたことではあったが、全体として設問3の出来が悪く、「優秀」に該当する答案の割合が少なかった。また、内容もさることながら構成についてバランスの悪い答案が多かった。設問1の解答において、まず所得税法第27条の事業所得該当性の検討に始まり、次に第37条の必要経費の該当性を検討し、さらに、第56条の要件該当性を検討した上で、初めて第57条の要件該当性を検討するという構成の答案があり、設問1の解答だけで3頁に及んでしまい、そのため、設問2はもちろんのこと、設問3に至っては5行程度の極めてあっさりとした記述しかなく、かなりの数あった。しかも問われてもいないのに、Dについては給与所得に該当することを論じている答案さえあった。問題文を素直に読めば、Dは、弁護士業を営むAの青色事業専従者(第57条第1項)に該当することが明らかであるから、設問1の解答に当たっては、問題文と設問の立て方からして、Dへの給与の額が「労務の対価として相当である」と認められるかという論点に端的に切り込むべきであるし、できたはずである。第1問で問題となっている収入及び支出は全部で5つあり、それぞれを適切に論ずることを考えれば、おのずと記述できる量が決まってくるはずである。所得税法の基礎的知識を前提に、問題文を素直に読み、出題者が何を求めているかを読み取り、答案構成を考えてほしいと思う。

(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、所得税法及び法人税法の基本的事項に関する理解の正確さや関連条文の解釈適用能力を重視して

採点した。

設問1では、雑損控除制度の趣旨について、多くの答案は、雑損失が納税者の意思に基づくものでないこと、いわば「災難」に基因すること、納税者の担税力を減殺することといった点を述べていたが、雑損失が家事費的性格を持つことを述べる答案はさほど多くなかった。また、設問1は、雑損控除制度の趣旨それ自体を問うものではなく、Aが甲費用について雑損控除の適用を受けることができるかどうかを検討するに当たって、同制度の趣旨に言及することを求めているのであるから、何よりもまず所得税法第72条並びに「参照条文」として掲載された同法施行令第9条及び第206条の各要件を文言に則してしっかり検討し、要件や文言の意味を明らかにするために必要に応じて雑損控除制度の趣旨を参照しつつ、それらの規定の解釈適用を行う、という順番で問題の検討を進めるのが、法曹教育を受けた者としてこの種の事例問題に臨む場合の最も基本的な所作というべきである。にもかかわらず、関係法令の文言を一切（又は、ほとんど）顧慮せず、専ら雑損控除の趣旨だけから雑損控除の適用の可否を論じようとする答案が少なからずあった。しかし、上記の基本的な所作は、租税法に限らず、他の法分野においても、実務法曹を目指す上では基本ともいうべきものであるから、適用条文の文言を一切顧慮せずに雑損控除の適用の可否を論ずる答案については、その論証の説得力の有無や結論の当否とは別の次元の問題として、法律学の基礎的能力に問題があるのではないかという疑問を禁じ得なかった。

「出題の趣旨」にも書いたように、設問1の解答に当たっては、少なくとも、H社によるアスベストの使用や事後のアスベスト規制が「人為による異常な災害」に該当するかどうかを検討する必要があるが、その検討において、特に「Aは、甲、乙及び丙の建築に当たりH社に対し、アスベストの使用の可否に関する指示を全くしていなかった」及び「アスベストは、甲、乙及び丙の建築当時は、法的規制の対象とはされておらず、これを建築部材として使用することは何ら違法ではなく一般に行われていた」という事実から、H社によるアスベストの使用や事後のアスベスト規制がAの意思に基づかない、Aが関与したものでない、あるいはAにとって予見可能でなかったと判断し、「人為による異常な災害」該当性を肯定する答案がかなり多かった。それらの答案では、甲費用の災害関連支出該当性の判断において、参照条文として掲げた所得税法施行令第206条第1項各号への当てはめについて、様々な理由付けが見られた。他方、「人為による異常な災害」該当性を否定した答案の中には、上記事実から、アスベスト使用が異常でなかったと判断したものもあったが、アスベストの「鉱害」（所得税法施行令第9条）類似性を論じるなど理由付けに苦心したことがうかがわれるものもあった。

設問2では、乙費用を譲渡所得に係る譲渡費用（所得税法第33条第3項）とする答案が多かったが、事業所得に係る資産損失（同法第51条第1項）とする答案も少なからずあった。それらの答案は、乙が事業用建物であることから、乙費用をその取壊しによる損失に関連する費用と見たものであろうが、乙の取壊しとその敷地の譲渡に関連して行われたものであることを検討する必要がある（同法第51条第1項括弧書参照）。そのことの検討は、乙費用を譲渡所得に係る譲渡費用とする答案においても必要であるが、そのような検討をすることなく、「乙費用が譲渡所得に係る譲渡費用に当たるか検討する。」といった書き出しで解答

を始める答案もかなりあった。また、乙費用を事業所得に係る必要経費（同法第37条第1項）と見る答案も予想外に多かった。それらの答案は、乙の敷地が事業用土地であることから、その譲渡による所得を事業所得に分類し、乙費用をその所得を得るための必要経費と見たものであるが、事業用固定資産も譲渡所得の基因となる資産であること（同法第33条第1項、第2項参照）を再度確認しておく必要がある。なお、いわゆる二重利得法を念頭に置いたものと考えられるが、乙の敷地の譲渡による所得を乙の取壊しの前後で譲渡所得と事業所得とに区分する答案も散見された。

乙費用の譲渡費用該当性については、最高裁平成18年4月20日判決（訟務月報53巻9号2692頁）等を踏まえ、適切に判断している答案もあったが、譲渡費用の意義に関する理解が不正確あるいは曖昧である答案が多いように見受けられた。なお、Aが乙の敷地であった土地を乙の取壊しによってそれ以前よりもかなり高い額で売却することができた点を捉えて、乙費用を取得費（同法第38条第1項）のうちの改良費と見る答案も散見された。

設問3では、ほとんどの答案が丙費用の損金該当性を肯定していたが、理由を示すことなく「決め打ち」的に根拠条文を決めてかかる答案が多く見られた。根拠条文として法人税法第22条第3項第2号を挙げるものが多かったが、同項第3号を挙げるものも少なくなく、また、同項第1号を挙げるものも散見された。丙がB社の本店の建物であること、丙の建替えがB社の取締役会で決定されたこと等の事実を踏まえて丙費用の性質を検討し、その検討結果に基づいて、丙費用が法人税法第22条第3項のいずれの号に該当するかを示す必要がある。

ほとんどの答案が丙費用の計上時期（年度帰属）についても検討していた。丙費用の損金該当性に関する検討よりもむしろ丙費用の計上時期にウエイトを置いた答案も多かった。丙費用の計上時期については、丙費用の損金該当性の根拠条文をどこに求めるかによって、判断が違ってくるが、同法第22条第3項第2号を根拠条文とする場合には、債務確定主義（同号括弧書）との関係で、B社、P社及びQ社の法律関係をどのように構成するかによっても、丙費用の計上時期に関する判断が違ってくる。それらの3社の法律関係に言及する答案は少なかったが、課税関係を検討するに当たってその基礎にある私法上の法律関係をどのように見るかは、租税法の重要な論点であることに留意する必要がある。

第2問の採点の結果、「優秀」及び「良好」は想定を若干下回る程度の分布となったが、「一応の水準」が想定をかなり下回り、その分、「不良」が想定をかなり上回った。いわば「二極化」が見られる結果となった。その原因は、所得税法及び法人税法の基本的な事項及び条文に関する理解の正確さと論証の質や厚みにあると考えられる。それらの点で顕著な違いが見られたのは、特に設問2と設問3においてであった。「不良」の答案には、この2つの設問で大きく失点したものが多かった。

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3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重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には変化はないと思われる。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、条文に則して理解を確かなものとするとともに、個々の規定の趣旨・目的や相互関係についても理解を深めるように努めた上で、そのような基礎的な学習を通じて習得した知識や能力を事例演習等によって確認し、事例解決のため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。

平成26年司法試験の採点実感等に関する意見（経済法）

1 出題の趣旨について

出題の趣旨は、別途公表している「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

出題した2問とも、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、問題点を指摘し、法解釈を行い、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ようとした。

特に、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ることができているかを重点的に見ようとし、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ことはしていない。

第1問は、消費財たる甲製品について、A社が、甲製品の大口利用者向け販売業者のうち、A社以外のメーカーの甲製品も併せ取り扱ってきた取引先販売業者及び従来A社の甲製品のみを取り扱ってきた取引先販売業者に対し、甲製品の購入全体に占めるA社の甲製品の割合の多寡に応じて販売価格からの割戻金（いわゆる占有率リベート）を支払う行為が、排除型私的独占（独占禁止法第2条第5項）に該当し、同法第3条前段に違反するか、また、排他条件付取引（同法第2条第9項第6号・不公正な取引方法の一般指定（以下「一般指定」という。）第11項）、拘束条件付取引（同指定第12項）、差別対価（独占禁止法第2条第9項第2号）、取引条件等の差別取扱い（同項第6号・一般指定第4項）に該当し、独占禁止法第19条に違反するかについての見解を問うものである。

特に、甲製品の特徴（乙製品との代替性、大口利用者向けと小口利用者向けの取引条件や取引チャネルの異同、外国製品の影響等）を踏まえた市場を画定し、かつ問題文に示されたA社の行為が、その市場にどのような影響を与えるかについて、的確に検討できているかどうかを評価することとした。そして、A社の行為が市場に与える影響を検討するに当たっては、A社の市場における地位、A社の甲製品の特徴及び販売業者の取扱い状況といった市場の環境、A社が割戻金を支払う動機（販売シェアの確保とともに、稼働率の上昇によるコスト削減目的もある。）といった本問において特に示されている重要な事実、さらに割戻金が経済的には価格を下げる効果を有することに対する解答者の考えを、論理的に矛盾なく、説明できているかを見た。

第2問は、15社の行為が入札談合として、不当な取引制限（独占禁止法第3条後段）に該当するかについて、見解を問うものである。

まず、15社が50物件中40物件について行った種々の行為から、基本合意を認定できるか、次に、10物件について具体的な事実が認められない中で、基本合意が10物件をも対象とするものと認定できるかにつき、検討できているかを見た。

次に、事業活動の相互拘束の関係で、その意義を正しく理解した上で、1社のみ落札を希望した35物件について相互拘束があったといえるか、50物件中1件も落札しなかったA社ないしD社について不当な取引制限の当事者といえるか等の論点について検

討できているかを見た。

さらに、入札談合事件である問題文の事案において、一定の取引分野をどのように捉えているか、それが基本合意の認定と整合しているかを見た。

最後に、受注調整行為に関与しないアウトサイダーが入札に参加して6物件を落札した事実を踏まえて、競争の実質的制限が認められるか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、多くの答案が私的独占について一応言及していた点は、出題の趣旨に沿うものといえるが、不公正な取引方法の論述に必要な分量を割くことにより、出題の趣旨の中心である私的独占の該当性についての検討が不十分になっている答案が多く見られた。また、不公正な取引方法については、差別対価の該当性を検討する答案が予想以上に多く、排他条件付取引の検討を行う答案は予想より大幅に少なかった。また、拘束条件付取引を論じる場合には、排他条件付取引でなく拘束条件付取引を適用する理由、すなわち排他条件付取引と拘束条件付取引の差異を理解していることを示す答案を期待していたが、多くの答案が拘束の有無の論述に終始していた。

第2問については、入札談合において検討されるべき共同行為が、個々の受注調整行為ではなく基本合意であることを明確に意識して記述した答案は、あまり多くなかった。また、40物件について検討しただけで、他の10物件について合意又は意思の連絡の対象となるかを実質的に検討しない答案が相当数存在した。

一定の取引分野については、ほとんどの答案が検討していたが、基本合意の認定との整合性を欠くか、又は意識しない答案も相当数存在した。

競争の実質的制限については、ほとんどの答案が検討していた。

(2) 出題時に想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、私的独占、不公正な取引方法ともに、要件の定義や解釈は、独占禁止法の基本的な部分であって、その説明に関しては、出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準とに大きな差異はなかった。一方、説明した定義や解釈を本問に即して適用する場面においては、第一に、問題文に摘示されている多くの重要な事実のごく一部のみと言及して、その他の事実を検討していない答案、第二に、A社以外のメーカーの甲製品も併せ取り扱ってきた取引先販売業者に対する割戻金の支払いと、従来A社の甲製品のみを取り扱ってきた取引先販売業者に対する割戻金の支払いについて、それぞれ別個独立に異なる類型の不公正な取引方法（多くは前者が差別対価または拘束条件付取引、後者が排他条件付取引）の該当性を並列的に論じるのみで、A社がなぜ両行為を行ったか、それによって影響を受ける市場はどこか（幾つか）という点の検討が不十分な答案が予想以上に多かった点で、出題時に想定していた解答水準とは差異が見られた。

第2問については、入札談合の事案であるのに、基本合意に全く触れない答案が相当数存在したことは予想外であった。また、間接事実から基本合意の存在を認定した答案の中にも、40物件について論じたのみで、他の10物件について具体的に検討しない答案が相当数存在したのは残念であった。さらに、本件は、一定期間の入札案件について基本合意が認められる事案であり、40物件と10物件の落札率に顕著な

差がない事案であるから、10物件についても基本合意の対象であったと見るのが自然であると考えられるが、十分な検討を行うことなく異なる結論を導く答案が予想以上に多かった。

50物件中1件も落札しなかったA社ないしD社について不当な取引制限の当事者といえるかどうかについては、多数の答案が論じており、その結論もおおむね妥当であったが、1社のみ落札を希望した35物件に関する相互拘束の認定いかにんについて論じた答案は少なかった。

多くの答案において、一定の取引分野についての記述は相応の水準に達していたが、一定の取引分野を基本合意の対象となった取引と捉えた場合に、本件における当てはめと整合しない答案がかなり多かった。

競争の実質的制限については、多くの答案がアウトサイダーの存在についても意識して検討し、妥当な結論を導いていた。

(3) 「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」答案について

上記のような答案の傾向を踏まえ、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、一例を示せばおおむね以下のとおりである。ただし、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、これに尽きるものではない。

第1問について、「優秀」な答案は、排除型私的独占の成立要件についての基本的な理解を示した上で、問題文から検討すべき事実を確実に拾い出し、検討を加え、論理的な説明を行うとともに、その中で不公正な取引方法の論述がなされているか、不公正な取引方法の論述がない場合にはそれと同程度に私的独占として違法とされるべき排除行為に関する充実した記載がなされているもの、「良好」な答案は、排除型私的独占の成立要件についての基本的な理解を示した上で、問題文から検討すべき事実をある程度拾い出して相応の当てはめを行っているもの、「一応の水準」の答案は私的独占の該当性への言及があるものの、その説明や当てはめが明解とまではいえないもの、「不良」な答案は、適用条項について全く的外れである等、基本的な事案処理能力が不十分なものとした。

第2問については、「優秀」な答案は、入札談合である問題文の事案に即して、基本合意を間接事実から認定できるか、基本合意が10物件に及ぶか、事業活動の相互拘束の有無、一定の取引分野、競争の実質的制限等について漏れなく検討し、基本的な考え方を示した上で、各論点について説得力のある理由付けをした論述がされているもの、「良好」な答案は、基本合意の認定やそれが10物件に及ぶかについて説得力のある論述ができているが、他の幾つかの論点についての検討が漏れているもの、又は比較的論述は薄い各論点についておおむね検討されているもの、「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、幾つかのポイントが欠けているものとした。「不良」の答案は、入札談合事件についての基本的な理解を欠き、基本合意や事業活動の相互拘束の有無について論点を的確に捉えられていないものとした。

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、適用条文の選択・操作、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、そしてそれを箇条書き的に列挙するのではなく、論理的・説得的に表現することができるように教育してほしい。

平成26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

本問は、特許法第69条第1項の「試験又は研究のためにする特許発明の実施」の意義、いわゆるプロダクト・バイ・プロセス・クレームの技術的範囲、消尽の成否など、いずれも特許法の基礎的かつ重要な問題点についての理解を問うとともに、長文の設問からの的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、制度趣旨及び判例等に対する理解力、具体的事例への適用に関する思考力、応用力及び論述能力を試そうとするものである。

さらに、原告・被告どちらの側に立っても自説を展開できる論理力、その中で適切・妥当な結果を導き出すための思考力を問うものである。

したがって、全体として、まず、設問から論点を的確に抽出して指摘した上、裁判例（特に最高裁判例）のあるものについてはその判旨を念頭に置きつつ、自説を展開して、事案に当てはめているか否かに応じて、優秀度を判定した。

ア 設問1

設問1のうち、乙行為1及び2では、特許法第69条第1項の試験又は研究のための実施に該当するか否かが問題となるから、まず、これらの行為の適否を論じる前提として、同項の制度趣旨に言及し、それを踏まえて、試験又は研究のための実施に該当するか否かの判断基準を示し、当てはめて結論を出すことが「一応の水準」である。

その上で、乙行為1については、本件発明が実施可能要件（同法第36条第4項）等を充足するか否かを調査すること（いわゆる機能調査・特許性調査）を目的とした実施行為であること、乙行為2については、本件発明の改良発明のための実施行為であることを明確に指摘した上で、判断基準に関する自説を当てはめることができれば、その論証の説得性に応じ、「良好」又は「優秀」と評価した。

なお、乙行為1及び2については、対象や目的で限定する説の立場においても、このような実施行為には同法第69条第1項が適用されると解されるのが一般的な見解であると思われることから、それと異なる結論を採る場合は、積極的な論拠を示すことが必要である。

乙行為3については、本件特許のクレームがいわゆるプロダクト・バイ・プロセス・クレームの形式で記載されていることを指摘した上、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの意義及び判断基準を示すことが「一応の水準」である。

その上で、知財高判平成24年1月27日判例時報2144号51頁【プラバスタチンナトリウム事件（大合議）】が、「真正プロダクト・バイ・プロセス・クレーム」（物の特定を直接的にその構造又は特性によることが出願時において不可能又は困難であるとの事情が存在するため、製造方法によりこれを行っ

ているとき)と「不真正プロダクト・バイ・プロセス・クレーム」(物をその構造又は特性により直接的に特定することが出願時において不可能又は困難であるとの事情が存在するとはいえないとき)に分けて、判断基準を定立していることを念頭に置いた上で、同判断基準によるときは、場合分けをし、そうでない場合でも、自説の論拠を明確にした上で判断基準を明示して事案に当てはめを行っていけば、その論証の説得性に応じ、「良好」又は「優秀」と評価した。この際、立証責任についても言及している場合、又はプロダクト・バイ・プロセス・クレームであることを踏まえた上で、均等論の論述が十分になされている場合には、より高く評価した。

また、本件文献には化合物 α の構造が記載されているので、プロダクト・バイ・プロセス・クレームにおける発明の要旨認定につき、物同一説に立つかあるいは真正プロダクト・バイ・プロセス・クレームと認定する場合は、特許庁が本件発明につき特許査定をしたこと自体が誤りであり、無効審判により無効にされるべきであると主張することが可能となるから、無効の抗弁(同法第104条の3)の成否も問題となる。この論点について言及した答えは僅かであったが、この論点に言及し、さらに、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの技術的範囲の画定の場面と要旨認定の場面において判断基準が同一であるべきか否かについて言及している場合、より一層高く評価した。

イ 設問2

設問2のうち、丙行為1は、いわゆる特許権の存続期間中に、後発医薬品の製造承認を受けるための実施行為に特許法第69条第1項が適用されるか否かが論点であるから、まず、当事者の主張として上記論点を明確に指摘した上で、設問1で論述した同項の制度趣旨及びそれに基づく判断基準を前提にして、自説を展開することが「一応の水準」である。

そして、この問題については、最判平成11年4月16日民集53巻4号627頁【膀胱疾患治療剤事件】が判断を示しているから、上記判例の示す基準を念頭に置いて、設問1で示した同項の解釈との整合性に触れつつこの点を丁寧に論じていけば、その論証の説得性に応じ、「良好」又は「優秀」と評価した。

丙行為2では、Cカプセルの市場調査目的のサンプルの製造・提供に、さらに、丙行為3では、単なる製造承認を得る目的の添付資料のための製造行為を超えて、特許権の存続期間が満了した場合に即時販売できるようにするための保管目的の製造行為に、それぞれ同項が適用されるかが問題となるから、この点を指摘して論述することが「一応の水準」である。

そして、上記の問題点については、設問1における乙行為1及び2との相違を明確に指摘した上で、丙行為3に関しては、上記判例が傍論ながらこのような製造行為への同項の適用を否定していることをも考慮し、設問1で論述した同項の制度趣旨及びそれに基づく判断基準を前提にして、自説を展開すれば、その論証の説得性に応じ、「良好」又は「優秀」と評価した。

ウ 設問3

設問3は、消尽の意義、根拠、判断基準及びその成否を問う問題であるから、これらに触れることが「一応の水準」である。

この点については、最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁【インクタンク事件】が判断基準を示していることから、上記判例の示す判断基準を考慮することが基本であり、同判例の示すような具体的基準に基づく判断の手法を念頭に置いた上で、本件事案への当てはめをきちんと行っていれば、その論証の説得性に応じ、「良好」又は「優秀」と評価した。

(2) 第2問

本問は、設計図の著作物性及びその侵害の態様、建築の著作物性及びその侵害の態様並びに両者の関係、また、建築の著作物に改変を加えた場合の同一性保持権侵害あるいは翻案権侵害の成否、さらには、建築の著作物のミニチュアを作成した場合における著作権法第46条の適用の可否など、いずれも著作権法の基礎的な論点についての理解を問うとともに、事例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、裁判例の理解を前提とした法解釈とその適用に関する思考力、応用力及び論述能力を試そうとするものである。

したがって、全体として、まず、設問から論点を的確かつ網羅的に抽出して、問題点を指摘した上、裁判例のあるものについてはその判旨を念頭に置きつつ、自説を展開して、事案に当てはめているか否かに応じて、優秀度を判定した。

ア 設問1

設問1は、設計図 α が同法第10条第1項第6号の図形の著作物として著作物性を有するか否か、住居Aが同項第5号の建築の著作物として著作物性を有するか否か、それを前提として、複製権侵害、氏名表示権侵害、公表権侵害、譲渡権侵害が成立するか否かに言及することが「一応の水準」である。

その上で、自説を展開して、双方の主張の妥当性に言及し、特に、著作物性に関し、A住居について、Bによって建築することが著作物性の要件として必要なか否か、著作者人格権に関し、Aが設計図 α のコピーを見せたことが公衆への提示となるのか、AがCに依頼してA住居を建築させた行為がAの侵害行為となるか、について論じられている場合には、その論証の説得性に応じ、「良好」又は「優秀」と評価した。

設計図 α をコピーしたこと及びA住居の建築が私的使用のための複製（同法第30条第1項）と言えるか、展示権（同法第25条）の侵害が成立するか、AがA住居をDに売却した行為が同法第46条により許容されるかどうか、について論じられている場合には、より高く評価した。

イ 設問2

設問2は、Dによる玄関の改変行為について、同一性保持権侵害に言及し、同法第20条第2項第2号の適用の可否に触れることが「一応の水準」である。その上で、同号に関する裁判例（東京地決平成15年6月11日判例時報1840号106頁【ノグチルーム事件】）を念頭に置きつつ、同項第4号の適用の可否についても言及した場合に、その論証の説得性に応じ、「良好」又は「優秀」と評価した。

翻案権侵害に言及し、それを肯定する場合に更に同法第46条の適用の可否についても言及した場合、さらには、Dの行為がBの公表権及び氏名表示権を侵害するか否かを論じている場合には、より高く評価した。

ウ 設問3

設問3は、まず、複製権侵害及び譲渡権侵害が問題になり得ることを指摘した上、同法第46条柱書の適用の問題に触れることが「一応の水準」である。

その上で、同条各号の適用又は類推適用の可否について言及すれば、その論証の説得性に応じ、「良好」又は「優秀」と評価した。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 総評

本問は、基本的かつ重要な論点に関する設問であったので、多くの答えはある程度の論述がなされていたが、各設問が「それぞれどのような主張をすることができるか」となっていたためか、全設問につき甲の主張、乙の主張等を分けて主張の整理のみを記載し、自説を展開しない答案が少なくなかった。また、争点整理の体裁を整え、一方当事者の主張に対する他方当事者の主張を作出するために、通常の実務では到底主張されるとは思えないような反論をわざわざ作り出して記述する答案も散見された。

しかし、設問の末尾は「できるか」であるから、単に主張の整理をただけでは問いに答えたことにはならないし、およそ意味のない主張を取り上げる必要はなく、そのような主張を取り上げたとしても評価の対象にならない。争点によっては、主張・立証責任を負う一方当事者の主張を摘示すれば十分な場合もある。また、自説を展開しなければ、受験者の思考過程、論理的理解度が分からないので、答案では当然に自説を展開すべきである。「できるか」には、「意味のある主張を取り上げて、その当否を論ぜよ」との意味が含まれていることを理解してもらいたい。

さらに、本問に関して、近時重要な最高裁判例や知財高裁の裁判例が出ているにもかかわらず、その判断基準について言及しない答案も少なくなく、実務家を志すものとしては不足感がある。

イ 設問1

(ア) 全体

制度趣旨については、一応の言及があったものの、それとの関係からいかなる判断基準を採るべきか、論理的なつながりに欠ける答案が目立った。さらに、個々の問題での論述の段階では、特許法第69条第1項の制度趣旨や判断基準から論理を展開することなく、個々の利益衡量に終始した説明にとどまっている答案が目立った。

(イ) 乙行為1及び2について

設問1の乙行為1は本件発明自体の特許性を調査する場合について、乙行為2は本件発明自体から更に改良する場合について、それぞれ問う問題であるから、特許法第69条第1項について対象や目的で限定する説とより広く技術の進歩・発明の奨励で足りるとする説では、おのずから論述の内容が異なるはずである。しかし、制度趣旨や判断基準から結論を導き出すという思考順序に欠ける答案が多かった。

また、試験・研究目的の行為は「業として」の発明実施行為に当たらないとして、侵害を否定する答案が少なからず見られたが、同項の規定は、試験・

研究のための実施行為が「業として」行われ得ることを前提としており、かつ、本件における乙の行為は「業として」行われたと認めるべきであるから、そのような解釈は適切でない。

さらに、同項に全く触れないもの、条文に気付いても、理由も付さずに、単に「試験又は研究」だからといった条文の文言をそのまま適用して、同項により許されるとの答案が多く見られた。

(ウ) 乙行為3について

プロダクト・バイ・プロセス・クレームの技術的範囲の画定と要旨認定は、近時活発に議論されているにもかかわらず、これに全く言及せず、甲が特許請求の範囲を補正した点を捉えて出願経過禁反言に言及する答案や均等論を展開する答案、単に製法が異なるから本件発明の技術的範囲に属さないとの答案などが多く見られた。

プロダクト・バイ・プロセス・クレームに言及するものの、自説を展開しない答案、曖昧な基準を示すにとどまる答案も散見された。

しかし、本件はそのような論理構成のみでは十分な解答にはならない。プロダクト・バイ・プロセス・クレームについて、どのような立場を採るにせよ、特許請求の範囲にその製法が記載された理由に基づいて論じなければ、妥当な結論には至らない。

プロダクト・バイ・プロセス・クレームの問題については、近時、前掲知財高裁判例【プラバスタチンナトリウム事件（大合議）】が出されているわけであるから、物同一説を採るにせよ、製法限定説を採るにせよ、この裁判例の論理構成に言及し、自説を展開することが必要である。

また、真正プロダクト・バイ・プロセス・クレームと不真正プロダクト・バイ・プロセス・クレームの判断基準を書きながら、化合物 α が公知文献に記載されていたことを理由として、方法で特定せざるを得なかったものであるから、構造・特性で特定することが困難な場合に当たるとして、これを真正プロダクト・バイ・プロセス・クレームとする答案が見られたが、このような場合が「構造又は特性で特定することが不可能又は困難な場合」に当たらないことは明らかであるから、このような論法は誤りであり、プロダクト・バイ・プロセス・クレームを理解していないと言わざるを得ない。

無効の抗弁（同法第104条の3）に言及する答案は極めて少なかった。しかし、物同一説に立つかあるいは真正プロダクト・バイ・プロセス・クレームと認定する場合は、特許庁が本件発明につき特許査定をしたこと自体が誤りとなり、無効審判により無効にされるべきであることになるので、乙はこの点も防御方法として主張できることに注意すべきである。

製法限定説を採るか、不真正プロダクト・バイ・プロセス・クレームと認定した場合は、均等侵害に当たるかどうかも問題となるが、均等論の各要件を十分に検討した答案はほとんどなかった。

ウ 設問2

(ア) 全体

特許法第69条第1項の解釈を示しそれに各行為を当てはめている答案は少なく、多くの答案は各行為をその場限りに評価しており、設問1以上に根

本的な制度趣旨や基本的な判断基準と無関係に論述している答案が目立った。

(イ) 丙行為1について

上記判例に全く気付かず、何ら性質決定もせず、理由も付さずに単に同項により許されるとする、問題点を全く理解していないと思われる答案が散見された。

(ウ) 丙行為2について

市場調査目的であることを全く考慮せず、存続期間満了後の販売のための最小限の行為だから許されるとする答案、少量であり損害が生じていないから同項により許されるとの答案が散見され、さらに、製造数が少数であるため「業として」の実施に当たらないとするものもあったが、「業として」の実施か否かは、製造された数のみで決まるわけではない。

(エ) 丙行為3について

単なる製造承認を得る目的の添付資料のための製造行為を超えて特許権の存続期間が満了した場合に即時販売できるようにするための製造行為であることを全く考慮することなく、同項に触れず、「業」に当たるか否かを判断している答案、いまだ市場に流通していないため損害がないとする答案、理由も付さずに単に同項により許されるとの答案が散見された。

エ 設問3

解答する時間を適切に配分していないためか、設問3について僅かしか記載しない答案が多かった。

設問3は、消尽の問題であるが、消尽に全く言及しない答案も少なくなかった。また、多くの答案は、消尽に気付いていたが、前掲最高裁判例【インクタンク事件】の論理構成を十分に踏まえていない答案が目立った。特に、この判例が、判断基準について、特許製品の属性、特許発明の内容、加工及び部材の交換の態様、取引の実情等を総合考慮して判断する、としているのに対し、何らそれらの要素に言及することなく、単に結論のみ示す答案が多かった。しかし、実務では、事実関係如何によって結論が異なるわけであるから、上記要素の丁寧な検討を経ないと結論が得られず、十分な答案にはならない。

(2) 第2問

ア 総評

本問は、建築に関し、著作権・著作者人格権とそれらの制限に関する基本的な理解を問うものであるが、各支分権に関する網羅的な摘出に欠ける答案が目立った。著作権・著作者人格権とそれらの制限について、条文の各要件の検討が不足している答案も多かった。

また、設問3について僅かしか記載しないなど、途中答案が散見された。

イ 設問1

(ア) 設計図αの著作物性

設計図αの著作物性に言及しない答案が散見された。

また、設計図αの著作物性に言及するも、どのような観点から著作物性を認め得るのか（あるいは否定されるのか）を具体的に検討していない答案が多かった。しかし、著作権の及ぶ範囲や権利制限規定の適用などを検討する

ためには、著作物性に関する具体的な認定が前提となるはずである。

(イ) 設計図 α の氏名表示権侵害・公表権侵害

氏名表示権と公表権については、設計図 α のコピーを複数の建築業者に見せた行為がそもそも公衆に対する提示に当たるのかについて、論述していない答案も目立った。また、氏名表示権につき、原作品についてのみ認められる権利と誤解している答案が数多く見られた。

(ウ) 住居Aの著作物性

建築の著作物性につき、どのような観点から著作物性を認め得るのか（あるいは否定されるのか）を具体的に検討していない答案、何ら判断基準を示すことなく、単に住居とは思えないような奇抜な家であるから著作物性があるという答案が多く見られた。

建築につき、美術の著作物とする答案も散見されたが、そのような判断をするに際して、建築の著作物と美術の著作物の関係をどう捉えているのか、本件の建築の著作物性をどう評価するのかを具体的に論じていたものはごく少数にとどまった。

(エ) 建築による住居Aの複製権侵害

著作権法第2条第1項第15号口に全く気付かない答案、あるいは単に同号口に当たるとして複製権侵害とする答案が散見された。

建築したのはCであって、なぜAが責任を負うのかについても一言触れるべきである。

(オ) 住居Aの譲渡権侵害

建築の著作物の譲渡権侵害に気付かない答案、論述していてもその要件について十分な言及がない答案が目立った。特に、公衆への提供を認定せずに侵害を認める答案も多く見られた。

また、消尽を問題とする答案が散見されたが、そもそも適法な譲渡がないから消尽は問題にならないと言うべきである。

建築の著作物の著作権侵害を肯定する場合は、同法第46条の適否も併せて検討すべきであるが、それに言及する答案は極めて少なかった。

(カ) 図面の著作物と建築の著作物との関係

図面の著作物性と建築の著作物性を明確に区別せずに、両者を渾然一体のものとして論じる答案が散見された。図面の著作物の創作性（作図上の工夫）と建築の著作物の創作性（造形芸術と評価し得るだけの芸術性）は原則として異なるのであり、それぞれの創作性については、まず、区別して、その判断基準を論じるべきである。

(キ) その他

設計図 α のコピーにつき、私的複製（同法第30条）であるが同法第49条第1項第1号が適用されるとの答案が散見された。

ウ 設問2

ほとんどの答案が同一性保持権侵害について言及していたが、著作権法第20条第2項第2号の適用の可否について全く言及しなかったり、言及しても解釈が不十分な答案が散見された。

翻案権侵害についても検討している答案は少なかった。翻案権侵害が成立す

ると判断する場合は、同法第46条の適用の可否についても言及すべきであるが、言及している答案はごく少数であった。

エ 設問3

本設問はミニチュアの製作販売を問題としており、写真撮影については問題となっていないにもかかわらず、写真撮影をしたことが複製権侵害になるか否かを長々と論じる答案が複数あった。問題文をよく読み、何が問われているか把握すべきである。

複製権侵害・譲渡権侵害に言及しながら、著作権法第46条柱書の適用について全く触れていない答案が散見された。

多くの答案が、同条柱書、そして、同条第2号又は第4号の適用については言及していたが、十分に説明しているものは少なかった。

また、同条について誤解している答案が散見された。例えば、同条の対象となる建築の著作物について、同法第45条第2項に規定する屋外の場所に恒常的に設置されているものに該当することを要件とすると誤解している答案が見られた。

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く、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

論点の内容についてはそれなりに記載されているものの、実務において重要な事実関係の把握・分析が不十分と思われる答案が多かった。法科大学院は実務家を養成する教育機関であるから、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、実務家なら当然なすべき主張を抽出し、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、明文の規定があるにもかかわらず、条文を指摘せずに解釈論を展開する答案が多数あったが、条文解釈が基本であるから、条文を前提とした解釈を意識した学習を指導することが求められる。

さらに、最高裁判例や判断基準を示す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なのであるから、判例を念頭に置いた学習を常に心掛けることが望まれる。

平成26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職種変更命令の有効性につき，その法的根拠を摘示して，Y社とX1らとの間で職種限定合意が成立していたかを明らかにした上で，成立していないとの見解を採った場合にはY社による職種変更命令が権利濫用となるかを問い，②YとX2との間の契約関係につき，X2による「後に裁判で争うことを伝えた上で，早期退職募集及び再雇用に応ずる旨」の申出が留保付承諾として有効であるかを問い，さらに，③Y社のX3（及び前記留保付承諾が認められないとの見解を採った場合のX2）に対する解雇の有効性につき，いわゆる変更解約告知に対する解雇権濫用法理の適用を問う問題である。

前記①の職種変更命令の有効性については，その法的根拠に関しては全体的におおむね良好な論述がなされていた。もっとも，この論点に限ったことではないが，答案において，根拠となる，あるいは問題となる条文を一切引用していない答案が少数ながら存在した。実務家にとって，論証のよりどころとなるのは，第一に実定法上の規定であり，解釈論はあくまでもそれを補うためのものであるから，関連条文については，これに言及することを励行されたい。

次に，職種限定合意については，多くの答案がこれに言及していたものの，かかる合意の有無につき，結論しか書いておらず，十分に論述できていない答案も散見された。本問の事例は，日産自動車村山工場事件判決（最判平元年12月7日）の事案を参考にしたものであるところ，同判決を含めたこれまでの裁判例による判断枠組みを踏まえて規範を定立し，丁寧な当てはめを行っていた答案には高い得点を与えた。

Y社による職種変更命令が権利濫用となるかについては，多くの答案が，東亜ペイント事件判決（最判昭61年7月14日）を踏まえて規範を定立した上で当てはめを行っており，おおむね良好な論述がなされていた。もっとも，当てはめにおいて，Y社にとって有利な事情（異動先が同じ甲工場で生産中の小型乗用車の塗装等であり勤務地に変更がないことなど）に全く言及せず，就業規則が要求

する意向の聴取を行っていないことのみをもって、職種変更命令が権利濫用である（あるいはそもそも職種変更命令権が発生しない）との結論を導いている答案が散見された。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、事例に現れている事情については、自己が導き出そうとする結論にとって有利・不利を問わずに言及し、丁寧な当てはめを心掛けるべきであり、かかる当てはめができていない答案には、より高い点を与えた。

前記②の留保付承諾の有効性については、多数の答案が言及し、その問題意識については、おおむね良好な論述ができていたといえよう。もっとも、民法第528条から、直ちに、X2の留保付承諾が新たな申込みとなり、Y社による拒絶が有効であるとの結論を導き出している答案も散見された。しかしながら、出題者としては、留保付承諾を認めるとの見解を採るにせよ、認めないとの結論を採るにせよ、民法第528条の形式的適用から生ずる不都合をいかに回避すべきか、あるいは、いかなる理由から原則論を貫くべきかを変更解約告知との関連で論述してほしいところであり、実際にこれを丁寧に論述できていた答案には、より高い得点を与えた。

前記③の変更解約告知に対する解雇権濫用法理の適用については、大半の答案が言及できていた。もっとも、変更解約告知は、単なる整理解雇とは異なり、労働条件変更の手段として行われるという特殊性を持つことから、解雇権濫用法理の適用においては、この特殊性を考慮に入れて規範を定立すべきではないかという問題意識を的確に論述できている答案は、出題者が想定していたよりも少なかった。実際、答案の中には、かかる問題意識に言及せずに、本件の解雇は整理解雇である旨だけ述べて、いきなり整理解雇の四要件（ないしは四要素）を定立して当てはめを行う答案が少なからず存在したが、最終的に整理解雇と同じ基準で規範を定立するにせよ、前述のような問題意識を論述できていた答案に比して、相応の点数しか与えられなかった。

(2) 第2問について

本問は、労働組合法（以下「労組法」という。）上の「労働者」の概念及び判断基準について、労働基準法（以下「労基法」という。）における「労働者」の概念との異同に関する理解を問うとともに、その理解を踏まえて、本問の事例における甲が労組法上の「労働者」に該当するか否かを問う問題である。労働法における最も基本的な論点の一つに関する設問であり、事例問題に加えて、労働者の概念に関する「概説」を求めた。

まず、労組法上の労働者概念に関する「概説」においては、労組法と労基法の趣旨・目的の異同について論じ、そこから生ずる労働者の概念の異同を論じた上で、労基法上の労働者性の判断基準と比較しつつ、労組法上の労働者性の判断基準を論ずる必要がある。多くの答案は、この論点を的確に捉えていたが、そのレベルは多様であった。すなわち、労組法と労基法の趣旨・目的の異同についての的確に論じた上で、労組法上の労働者は、団体交渉助成のための労組法の保護を及ぼすべき者はいかなる者かという観点から定義されるものであることを指摘し、労基法上の労働者より広範な労務供給者をカバーする概念であることを論ずる優れた答案が見られる一方、労組法・労基法の趣旨・目的を十分論ずることなく、労組法上の労働者は使用者に対して経済的従属性を有する者であるとの結論を述

べるにとどまる答案も相当数見られた。

また、労組法上の労働者の判断基準については、I N A Xメンテナンス事件判決（最判平23年4月12日）等の判例による判断枠組みを踏まえて判断基準を定立する必要があるところ、相当数の答案は、判例の判断枠組みを正確に理解して解答し、その中には、各判断基準が労組法上の労働者を判断する上で有する意義を的確に論ずる優れた答案も見られた。他方、労組法上の労働者と労基法上の労働者の概念の差異を肯定しながら、判断基準については結局同一に帰すると論ずる答案や、判断基準の定立自体が不十分な答案も散見された。もとより、判例による判断枠組み以外の基準に基づく解答が排斥されるわけではないが、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、仮に判例と異なる立場に立つとしても、判例の判断枠組みを十分理解し、これに言及する必要があることを十分に認識していただきたい。

次に、本問の事例への当てはめについては、相当数の答案は、判例の判断枠組みを正確に理解した上、事業組織への組入れ、契約内容の一方的決定、報酬の労務対償性、使用従属性（指揮監督下の労働、時間的・場所的拘束性、仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由）等の判断基準を摘示した上、事例に示された事実にて当てはめて解答していた。ただし、本問の事実関係は相当に複雑であるため、上記判断基準の当てはめの仕方については、通り一遍の当てはめを行うものから、事実関係を深く読み込んで当てはめを行うものまで様々であった。優れた実務家を志す者の選抜という司法試験の趣旨を踏まえて、後者のタイプの答案には高得点を与えている。また、本問では、C社と甲が業務委託契約を締結し、同契約上、それぞれ独立した事業者であることを認識した上で契約を遂行する旨の条項があるため、こうした契約形式をどのように理解し、労組法上の労働者の判断に際してどのように判断するかも問われるところであるが、この点については、結論はともかく、出題の趣旨を認識して解答する答案が比較的多数であった。

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、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、労働者の概念に関する「概説」において、労組法と労基法の趣旨・目的の異同を的確に理解し、労働者概念の異同を論じた上、それぞれにおける労働者の判断基準を判例を踏まえて定立し、事例への当てはめについても、事実関係を深く読み込んで具体的に論述し、結論を導いている答案である。

「良好」の水準にあ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一方で、例えば、第1問では、職種限定合意の有無に関し、規範定立と当てはめが丁寧になされていない答案や、変更解約告知の特殊性を十分に意識した論証ができていない答案、第2問では、労働者の概念に関する「概説」において、判例については理解しているものの、労組法と労基法の趣旨・目的の異同に関する理解が不十分であるため、労組法上の労働者に関する論述が十分に

できていない答案や、事例への当てはめにおいて、判例の判断枠組みを機械的に当てはめるにとどまる答案など、「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切れていないような答案である。

「一応の水準」にあ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」の水準にある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、基本的な概念に関する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慮いただきたい。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2011年改正により導入された有害物質貯蔵指定施設制度をめぐる同法の規制システムに関する出題である。同制度が導入された法政策的意義を環境法の基本的考え方（汚染者支払原則・原因者負担原則，未然防止アプローチ・未然防止原則）に照らして理解しているかを問い（設問1），実施制限がある届出制の仕組みを刑事責任の観点から整理して説明できるかを問い（設問2），基準違反の状況に対する行政措置の説明を求める（設問3）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，環境法の基本的考え方の一つとして，多くの答案が，未然防止アプローチを指摘し，その内容について記述できていた。その上で，地下タンクからの漏出が確認されたためにその拡大を防ぐ趣旨であることに論及する答案は多かった。第2に，もう一つの考え方である汚染者支払原則（PPP）を指摘できていない答案が多かったのは意外であった。これを指摘した答案であっても，積極的排水行為はないけれども環境に負荷を与えることから原因者に負担を求めるという点にまで論及している答案は少なかった。第3に，未然防止アプローチではなく予防アプローチを記述した答案，両アプローチを併記した答案が一定程度見られた。原因行為と汚染との因果関係に関する知見が存在する本件は，未然防止アプローチの問題である。また，科学的知見の程度に違いがあるため，両アプローチは併存し得ない。

設問2の採点を通じては，以下の点が実感された。第1に，本問は，水質汚濁防止法のもとでの届出制の仕組み，無届と評価された場合のサンクション等を条文に則して説明することが求められているが，「届出」「指導」という文言に着目する余りに，同法から離れて，行政手続法の一般的な説明を詳述する答案が多かった。環境法においては，あくまで実定法の制度の理解が試されていることを忘れてはならない。第2に，本件地下タンクが水質汚濁防止法上の「有害物質貯蔵指定施設」に該当するかどうか大きなポイントであるところ，資料が添付されているにもかかわらず，その確認作業を全くしていない答案が散見された。本件地下タンクが同法第5条第3項に規定される「有害物質貯蔵指定施設」に該当することを示すためには，同項にある「指定施設」「有害物質」「政令」について，資料を参照しつつ，それぞれ丁寧に条文を引用して確定する作業が求められる。第3に，「同意書提出は法的に求められない」ことについては多くの答案が指摘していたが，単に「配達により届出義務は果たされた」とする答案が散見された。問題文に「水質汚濁防止法上必要とされる届出書及び関係書類一式を送付し」と書かれている点に着目し，「適式な届出がされている」ことを指摘すべきである。第4に，届出後の実施制限をすする同法第9条第1項が問題になるところ，この条文に気付いていない答案が大多数であった。届出をすれば直ちに行為が可能となると誤信している受験生が多いようである。環境法の基本的仕組みであり，条文に則した学習がされていない印象を受ける。第5に，問題文に「刑事責任が問われることを懸念」とあるにもかかわらず，どのような理由でそうなるのかについての整理を全くしていない答案が多かったのは意外であった。設問への解答としては，刑事責任が問われないことを，関係条文

を示して指摘する必要がある。行政手続法的整理は、その前提にすぎないにもかかわらず、大多数の答案が、そこで検討を終わっていた。行政法的規制である実施制限について、水質汚濁防止法の関係条文を読み解いて的確に説明されている答案は少なかった。

設問3の採点を通じては、以下の点が実感された。第1に、「本件地下タンクの使用、及び地下水の汚染」というように、問題文には2つの場面が明記されているのに、一方についてしか解答しない答案が散見された。第2に、措置の一つとしての浄化命令（同法第14条の3）の要件について、単に条文の該当箇所を引用するのみで、「地下水環境基準を大幅に超過する」という問題文を無視する答案が多数あった。第3に、資料の施行規則を参照・引用せずに解答する答案も散見された。設問1及び2と比較すれば、単に条文の指摘をするのみの解答が目立ち、設問3に割り当ててる時間が少なかったことが、記述内容から推測された。

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

水質汚濁防止法の下での届出は第5条に規定されるが、届出があったことの法的効果や無届及び実施制限違反への対応に関する関係規定を同法の仕組みの中で把握するという学習方法が徹底されていないのではないか。通常、環境法は、第1条に規定される目的の実現のために、多くの仕組みを規定している。単に一つの条文だけではなく、問われている論点について、法律全体的観点から捉えることができるような能力の養成が必要である。

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、地下タンクに関する規制について、環境法の基本的考え方との関係で的確な整理ができているもの、届出をめぐる様々な規定を全体的観点から把握し、設置者に関する行政法的責任と刑事法的責任を明確に区別しつつ、条文の的確な指摘をして論じているものである。「良好」といえる答案のイメージは、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を何とか把握できている答案である。「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

第2問は、自然公園法の規制システムの基本的理解を問う出題である。眺望利益や営業権等の侵害に対する民事訴訟、許可条件違反の際の行政訴訟について問い（設問1）、公園管理団体が締結する風景地保護協定とその制度趣旨について説明を求め（設問2）、さらに、海域公園地区の利用調整地区とその制度趣旨について問う（設問3）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、眺望利益侵害を理由とする建設工事の差止めについて書いているものが少なかったのは意外であった。問題文に景色と書かれていたからであろうが、Aにとっては眺望の問題となることを認識してほしい。景観について国立景観訴訟最高裁判決を参照しつつ書いた答案にも一定の評価は与えたが、本来的に私益のもの（眺望）と、公益か私益かが明確

でないもの（景観）の相違の認識が十分でないため、国立景観訴訟最高裁判決の論理を無理に用いようとし、景観利益と営業利益（経済的利益）との関係を説明できずに論理が破綻した答案も相当あったことを明記しておきたい。なお、財産権と人格権を同一のものとして扱う答案が少なからず見られたのは残念であった。民法の初歩的な理解が不十分であることになろう。なお、景観利益侵害に対して環境権、自然享有権、自然の権利を理由とする差止めを問題とした答案にも一定の評価を与えた。

第2に、サンゴの死滅に伴う売上げの減少を理由とするCに対する不法行為に基づく損害賠償請求について指摘した答案が少なかったのも意外であった。ケアレスミスの類いということになろう。

第3に、甲県に対しては、Cの工事の施工が甲県知事の許可条件に反しているところから、甲県知事が行為の中止を命じ、又は原状回復若しくはそれに代わるべき必要な措置を命ずる（自然公園法第34条）よう義務付け訴訟を提起することが考えられるが（行政事件訴訟法第3条第6項第1号、第37条の2）、これについてはほとんどの答案が触れていた。もっとも、自然公園法第34条の命令は、同法第32条に基づく許可条件に違反した場合に発出され得ることについて触れていたものは必ずしも多くなかった。原告適格についてはほとんどの答案が何らかの記述をしていた。なお、Cの工事の施工が許可条件に違反していることを理由とする許可の取消（撤回）訴訟について記述した答案についても一定の配慮をした。

設問2の採点を通じては、以下の点を実感された。公園管理団体（自然公園法第49条第1項。なお、公園管理団体の業務については第50条第1号）及び「風景地保護協定制度」（同法第43条以下）については、ほとんどの答案が触れており、この制度の趣旨についても触れるものが多かった。他方、「その制度が法律上規定されていることの意味」として、協定の認可、公告があった後に、この協定には将来の土地所有者に対する承継効が発生すること（同法第48条）について指摘するものは半分程度であった。せっかくDが自己の所有する自然の風景地の管理を求めているも、土地の所有者が変われば協定の効果がなくなってしまうのでは、継続的な自然保護は図れないのであり、問題文にも「自己の土地の風景を長く保存したい」と要望していることも記載しているのであって、この点の説明は必須である。

設問3の採点を通じては、以下の点を実感された。環境大臣が、海域公園地区内に利用調整地区の指定をすること（同法第23条）については、ほとんどの答案が触れていた。利用調整地区制度が、指定された期間において、環境大臣が認定した場合にのみ立入りを認め（同法第23条第3項、第24条）、認定申請の際に手数料を徴収することとされており（同法第31条）、この制度が、利用可能人数の設定等により自然生態系の保全と持続的利用を推進しようとするものであることについても説明されているものがほとんどであった。

他方、海域公園地区では、動力船の使用について環境大臣の許可が必要とされている点（同法第22条第3項第7号）について触れるものは多くなかった。それ以外に環境大臣の許可が必要とされている点（同法第22条第3項第2号）、中止命令（同法第34条）等に触れるものは一定程度見られ、一定の評価を与えた。

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

第2問に関する印象は、中心となる論点については書けるが、応用がきかないこと、行政訴訟よりもむしろ民事訴訟の方の理解が十分でないことである。また、基本的な制度の趣旨についての理解が必ずしも十分でないことも明らかになった。

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、自然の積極的・能動的管理のための制度についての的確に把握し、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。また、眺望と景観の相違を理解し、民事訴訟及び行政訴訟の基本を理解しているものである。「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、それすらなし得ていないものである。

【学習者と法科大学院教育に求めるものについて】

第1に、法科大学院の環境法の授業では、規制の仕組みが概説されているものと思われるが、特に主要な法律の基本的規制システムについては、テキストの概説をするだけでなく、実際に法令集を参照しつつ、条文の文言に即して理解させてほしい。また、学習者においては、法律の仕組みがなぜそうなっているかを考えつつ、学習を進めていただきたい。

第2に、環境個別法についても、一つ一つの条文だけではなく、法律の目的規定から法律の仕組みを捉え、問われている論点について、法律全体的観点から捉えることができるような学習を進めていただきたい。

第3に、環境訴訟については行政訴訟と民事訴訟の双方についてまんべんなく理解を進めるよう指導及び学習をお願いしたい。

平成26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26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・規則及び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

(1) 第1問

各設問の趣旨と押さえるべき主要論点については、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は優れた又は良好な内容の解答が比較的多数あったが、中には甲国の声明が留保か解釈宣言かを専ら論述した解答や、A海峡には通過通航制度が適用されるとした解答も若干数あった。大多数の答案が無害通航の定義及び無害性の判断基準に何らかの形で触れてはいたが、海洋法条約第19条第1項と第2項の関係、船種別規制説と態様別規制説の違いにも触れながら軍艦及び乙国向け武器積載船（以下「軍艦等」という。）が無害通航権が認められるか否かを体系的に論述できた優れた答案は半数弱であった。解答者の多くは態様別規制説を採用し、軍艦等にも領海内無害通航権が認められ、沿岸国は通航に事前許可を要求できないと解答していた。他方、沿岸国による船種別規制は完全には排除されていないという立場を採った解答も相当数あった。学説及び国家実行が分かれている問題であり、いずれの立場を採るにしても、海洋法条約第17条、第19条、第24条、第30条などの関連規定の整合性のある解釈、軍艦等の無害通航に関する海洋大国及び沿岸国の国家実行やコルフ海峡事件ICJ判決などの先例を踏まえた論証がどれだけ簡潔かつ正確に展開できているかが重要である。また本問の場合、海洋法条約第45条第2項が、A海峡のような国際海峡において、「無害通航は、停止してはならない」と定めていることの意味にも触れる必要があるが、この点に言及できた解答は少数にとどまった。

設問2は、比較的小数の優れた解答とそうでない解答がはっきりと分かれた。本問の場合、Z軍の行為が、国家責任条文第8条に定める規則に従って、事実上甲国の指示に基づき又は甲国の指揮若しくは支配の下に行動していたといえるかどうかの問題の焦点であるが、解答者の約6割がZ軍の行為は甲国の指揮又は支配下にあったと解答し、約4割がこれを否定した。しかしニカラグア事件及びジェノサイド事件のICJ判決は、外国の反政府武装集団の違法行為が国に帰属するためには、①当該武装集団が事実上国の機関と同視されるほど国に完全従属して

いること、又は、②当該武装集団の具体的な作戦行動に対する国の実効的支配が及んでいることが必要であるという解釈を採用し、財政的その他の援助によって武装集団に対して国の一般的支配が及んでいるだけでは国の行為とはみなされないと判断している。①は国家責任条文第8条の例というより武装集団が事実上の国家機関となるほど完全従属する場合で、本問には適用できないが、②は第8条を適用する上でICJが厳格な基準（ニカラグア基準）を採用してきたことを示す。この点を踏まえた上で、この基準を本問の事実に適用するとどうなるか、またニカラグア基準とは異なる基準を採用するのであればその理由は何かを示して論述する必要がある。しかし、こうした点に踏み込んだ答えはそれほど多くなく、甲国によるY連盟及びZ軍に対する財政援助、訓練及び武器供与があるという事実のみを挙げてZ軍による乙国原油生産施設の破壊行為は甲国に帰属すると結論し、Y連盟及びその指揮下に行動するZ軍の自律性を考慮しなかった答えが多かった。

設問3は、自衛権一般及び集団的自衛権を行使できるための一般国際法上及び国連憲章上の要件の概要については、大多数の受験者が記述できていた。しかし、本問で設定された事例にこれを適用する点で、ニカラグア事件をはじめICJの判決や勧告的意見に示された解釈あるいは国家及び国際連合安全保障理事会等の実行をどのように評価し、援用するかによって、説得力のある答案とそうでない答案が大きく分かれた。丙国の主張内容を見れば、武力攻撃の発生に関連して、①甲国によるY連盟及びZ軍（以下「Z軍等」という。）に対する財政支援、訓練及び武器供与（以下「軍事援助」という。）は武力攻撃とはいえない、②Z軍等による乙国化学工場施設に対する軍事作戦は甲国による武力攻撃とはいえない、③Z軍が化学工場施設への軍事作戦に着手しただけでは武力攻撃の発生には当たらない、④乙国に対する武力攻撃の事実に関する同国の宣言と同国から丙国に対する支援要請がないため、丙国は集団的自衛権を行使できないといった反論が可能であり、実際多数の解答が、これらの論点に触れていた。もっともその際には、援用の必要はないが、可能な限り次のような裁判所判決や国家実行などを踏まえた簡潔で説得的な論述が望まれる。例えば、①であれば、ニカラグア事件判決が、武力攻撃は武力行使の最も重大な形態であり武器供与等それに至らない武力行使には均衡する対抗措置のみが許されると判示していること、②であれば、設問2への解答にもよるが、ニカラグア事件判決やコンゴ領域軍事活動事件判決が、侵略の定義第3条（g）に従い、「正規軍の攻撃に匹敵する武力行為を外国政府に対して行う武装集団の国による若しくは国のための派遣、又はかかる行為に対する実質的関与」をもって武力攻撃とみなし、単なる軍事援助は武力攻撃とみなさなかったこと、しかし、アフガニスタンに対する多国籍軍の行動例のように、自国領域を外国に対するテロ活動の拠点として使用することを武装集団に容認した国は、自衛権行使の対象とすることが黙認された実行も存在すること、③先制的自衛については、イスラエルのイラク原子炉攻撃を国際連合憲章の明白な違反と非難した安全保障理事会決議がある反面、攻撃の急迫性がある場合には先制的自衛が認められるとする見解を採る国、あるいは少なくとも攻撃への着手があれば自衛が認められるとする見解を採る国などが存在すること、などである。これらの先例や実行にも言及しながら丙国の主張に反論した優れた解答も相当数

存在する反面，結論だけ述べて解答の論拠を十分に展開しきれていない答案が半数近くあった。④の集団的自衛権の二要件，特に後者の支援要請の要件が本問では満たされていないとする点は，大半の答案が指摘できていた。なお，丙国による甲国の爆撃が丙国による集団的自衛権の行使として正当化されるためには，必要性及び均衡性（又は比例性）の原則を満たさなければならないが，乙軍による乙国化学工場施設に対する軍事作戦への着手に対し，乙軍への攻撃を超えて甲国の武器貯蔵庫，軍事基地さらに港湾の集荷場等数箇所を爆撃して破壊した行為は，その規模及び攻撃目標の性質から見て特に均衡性の原則に違反すると論述した解答が約半数あった。

「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，例年同様，難しいが，おおむね次のとおりと言えるのではないか。

優秀：3つの設問においてそれぞれ問われている国際法上の論点を的確につかんで，各論点について要求される国際法上の原則，判例等についての基本的事項を論理的かつ簡明に記述し，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である。

例えば，設問1について，A海峡における軍艦の無害通航権を認め，軍艦の通航に事前許可を求める甲国の措置を国際法違反とみなす立場を採った答案を例に挙げると，優秀な解答の一例は次のようなものである。まず無害通航の意味について海洋法条約第19条第1項の定義，船種別規制説と態様別規制説の相違点，無害でない通航を列挙した同条約第19条第2項と第19条第1項の関係について基本的な説明ができています。海洋法条約の下では軍艦等にも領海の無害通航権が認められていることを，例えば，同条約第17条，第19条第2項(a)，(b)，(f)，第30条等の整合的解釈から導き出している。無害性の判断基準を通航の仕方に置いたコルフ海峡事件ICJ判決の先例があり，海洋法条約第19条第2項を無害でない通航の網羅的列挙とみなし軍艦にも無害通航権が認められるとした1989年の米ソ統一解釈をはじめ軍艦の無害通航を認める国家実行が多数あることを提示できている。さらに，A海峡のような国際海峡では，通常の領海と異なり軍艦も妨げられない無害通航権を持つことをコルフ海峡事件判決等の先例から説明できている。これら全ての要素が完全にそろってなくてもよいが，主要な論拠を示して，A海峡では軍艦等に妨げられない無害通航権が認められ，事前許可を受けない軍艦等の通航を妨げることが国際法違反となることを明確に論述した答案。

設問1だけでなく，設問2及び設問3においても，同様に優秀な答案となっていることが必要である。

良好：おおむね優秀答案のレベルに達する解答ができていたものの，設問によっては，一部の論点に関する説明が十分なされていない箇所があるとか，理由の説明や関連する判例や国家実行など論証に不十分な箇所があるなど，優秀な答案に比べて，若干欠点がある答案。例えば，設問1及び設問2では優秀答案に該当するが，設問3については十分問題を検討して書く時間的余裕がなかったために，論ずべき論点の一部について欠落があり又は十分な説明ができていない答案。あるいは，いずれの設問についても優秀な答案に今一步及んでいない答案。例えば設問3を例にとれば，集団的自衛権の行使の要件については慣習国際法上及び国

連憲章上の要件を正確に列挙し、丙国の主張に沿って設問3に関する上記武力攻撃の発生に関する主要な論点については優秀な反論を行いながらも、本問の事実に基づけば乙国に対し武力攻撃があった旨の同国による宣言及び丙国に対する乙国からの支援の要請があったとはみなされないことへの言及が不十分である答案が挙げられる。

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が設問に対する解答からうかがえるが、例えば、設問1及び設問2については優秀又は良好な答案になっているが、設問3については、集団的自衛権行使の要件について途中まで解答をしながら、最後時間がなかったため、論点の幾つかについて触れることができなかつたもの。あるいは設問2では、私的集団の行為を国に帰属させるためには国の当該集団に対する一般的な支配では十分でなく、国際違法行為を生じさせた私的集団の作戦行動に対する実効的支配が必要であるとしたICJ判決について全く記載がなく、設問3についても、丙の主張に対して武力攻撃と武力行使の関係について全く記載を欠いているように、各設問の重要な論点の一部に対して不十分な解答があるもの。

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。例えば、設問1について、A海峡における軍艦等の無害通航権の問題にほとんど触れることなく甲国の声明を留保であるか解釈宣言であるかのみについて論じ、設問2でも、甲国のZ軍を支援する行為が甲国の乙国に対する内政干渉行為を構成するということと、Z軍の行為が甲国へ帰属するための要件を混同し、甲国のZ軍への支援があればZ軍の行為は当然に甲国に帰属すると論じた答案など、3つの設問について総じて主要な論点が押さえ切れていないもの。また時間配分を間違え、設問の一部のみに解答し、他の設問には十分な解答ができていないもの。

(2) 第2問

設問1については、これが、条約の国内的効力及び自動執行力の問題であることに気付いている答案と気付いていない答案に分かれた。気付いている答案においては、国内的効力を持つか否かは国内法体制により異なること、すなわち、一般的受容主義、変型理論のいずれかを採ることまで答えているものも多く、大半が優秀な答案になっていた。事例への当てはめで自動執行力の有無について当該条約規定を論ずることにも遺漏がなく、加えて、当該条約規定の解釈論として、個人の請求権を認めたものであるかについても論じてある答案も多かった。このように国内的効力であり自動執行力の問題であることに気付いている答案には、優秀なものが多かった。

もっとも、一部には、自動執行力の論点にだけ気付いている答案もあった。国内的効力については論ずることなく、自動執行力についてだけ論じている答案である。国内的効力の問題が前提になることに気付いていない点は、懸念される。また、国内的効力の問題と自動執行力の問題とを混同していると読める答案も幾つかあった。条約の国内的効力及び自動執行力の問題であることに気付いていない答案は、問題の条約規定の解釈論のみを論じており、個人の賠償請求権を定めている規定であるかについて論じているものが多かった。条約の国内的効力の問

題は、国内法曹が国際法事例を処理する場合に、最も問題になる論点であるので、もっと多くの受験生が国内的効力及び自動執行力、さらに条約規定の解釈論、事例への当てはめを行う万全な解答をしていくものと期待したが、期待どおりではなかった。このような基本的で重要な論点を問題文から読み取れないのは、残念なことである。国際法と国内法の関係の問題の重要性を一層認識する必要があると感じられた。

設問2については、全体的にあまり出来がよくなかった。法源論の問題であり、国家の一方的宣言により国家が義務を負うことがあるかという論点に気付いている答案が少なかった。この論点に気付いている答案の中には、比較的よくできている答案が多かった。そのような答案は、おおむね、一方的宣言により、国家が義務を負うことがあり得ることに気付いており、その点が明確に論じられており、国家の合意である条約や慣習国際法、法の一般原則といった法源と比較して、国家が一方的に義務を負う点に注目がなされていた。さらに、一方的宣言が効力を持ち、国家がそれにより国際義務を負うための要件についても、論じられているものが多かった。その場合に、核実験事件のような先例にも留意し、先例を踏まえて、先例で示された一方的宣言が法的効果を持つための要件が論じられている答案もあった。法源論において、一方的行為や、国家の一方的宣言は、基本的教科書で必ず触れられている論点であるので、それに気付かないということは、残念であり懸念される。一方的宣言により国家が義務を負う法的効果があり得るかという論点に気付いていない答案は、甲国を代表すると主張する一方の政府による一方的宣言であることを問題にして論ずるものが多かった。

設問3については、比較的よくできている答案が多かった。設問3が、政府承認に関するものであり、政府承認の要件、要件を充足しない政府承認の国際法上の位置付けが問われているが、個別の論点について比較的よく答えられていた。Y政府は丙国の軍隊を駐屯させて治安と防衛の役割を担わせているのであるから、Y政府が独立に自らの力でY政府の支配地域に実効的支配を及ぼしていないことに気づき、それゆえに、承認の要件を満たさないことに気付いている答案は多かった。そのような承認が、国際法上、尚早の承認に当たり、国際法上違法であることについて、尚早の承認という概念が提示されている答案は多くはなかった。

また、尚早の承認は、甲国で実効的支配を確立していない地域に対して政府承認を与えることになるのであるから、甲国への内政干渉になり国際法上の義務違反になることについても、気付いている答案はあったが、数は多くはなかった。分断国家の政府承認それ自体が、甲国の国内事項に対する内政干渉であるという解答をする答案がやや目立った。丙国によるY政府の承認が、Y政府が支配地域に実効的支配を確立する前の尚早の承認であること、これに比較して、乙国のY政府承認が、Y政府が自らの支配地域において十分に治安と防衛の役割を果たすようになってからの政府承認であり、前者は、承認の要件を満たさない承認であること、後者は、承認の要件を満たす承認であることは、多くの答案がよく書けていた。事例への当てはめにおいてもよくできている答案が多かった。

全体としては、設問1と設問2について顕著であるが、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。いずれの設問も、基本的な教科書で必ず触れられている論点である。また、設問1や設問2は、それに関わる判例も基本的で重要な判例として、教科書で紹介されていることが多く、判例集でも必ず取り上げられている判例である。これらについて出題趣旨の論点に気付かない答案があることは、国際法の基礎知識が十分ではないという懸念を抱かせる。選択科目としての国際法の勉強に充てる時間が限られていることは十分理解できるが、国際法の基本構造や基礎理論に関わる問題には答えられるレベルに達することが必要である。それが欠落している答案が比較的目立ったのは残念である。また、「尚早」の字を誤る答案が目についた。法律用語の誤りは、用語の理解自体を疑わせるということをも十分心してもらいたい。

答案を、「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」に分けると、おおむね次のようになる。

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出してこれを論じ、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で国内的効力、自動執行力、自動執行力の有無、問題の条約規定の解釈といった論点が明確に捉えられており、それぞれの論点が論理的に整序されており、かつ、事例への当てはめも十分に行われて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、論点には気付いていても、各論点間の論理的な関係が理解されておらず、論理的に個々の論点を結び付けることができなくなったり、また、法理の事例への当てはめが不明瞭となっていることがある答案。例えば、設問1で国内的効力と自動執行力の論点には気付いていても、この二つの論点を混在させており、論理的に二つの論点が理解されていない答案。また、事例への当てはめで、問題の条約規定の自動執行性の有無を事例への当てはめで論証することが十分には行われていなかったり、当該規定が個人の請求権を規定するかについて解釈が十分に行われていない答案。

一応の水準：国際法の基礎知識が一応はあるが、十分ではなく、論点の欠落があり、幾つかの論点に限定して解答している答案。あるいは、論点はある程度見出しているが、その論述において、結論は誤ってはいないが、論理的な整序という点で、必ずしも万全ではない答案。また事例への当てはめは行われてはいるが、十分な論証になっていない答案。例えば、設問1で国内的効力と自動執行力の論点のうち、いずれかにしか気付いていない答案や、それにもかかわらず、論述では、両者が混在したような説明がなされている答案。問題の条約規定の自動執行力の有無についての論証自体が十分に行われていなかったり、当該規定が個人の請求権を規定したものかについての解釈が行われていない答案。

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1で国内的効力や自動執行力の論点に気付いていない答案や、設問2で、国家の一方的宣言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

法科大学院教育に求めるというほどのものではないが、採点して感じた最近の答案の傾向に1, 2触れておきたい。第一に、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繰り返し強調しておきたい。一概にはいえないが、国際法の基礎的な知識を全般的に有しており、国際法判例や事例についても重要な論点を押さえつつ学習している者と、教科書の内容を記憶してはいるが関連する国際法規の成立根拠や実際の適用例などについて十分理解ができていない者との間の差が開いている印象を受ける。基本的な国際法判例まで学習の範囲が及んでいないか、又は一通り読んではいるが、重要な論点に対する判例の内容を把握し切れていないと思われる答案も相当数あった。国際公法を選択する受験者に対して一言述べれば、選択科目に割くことのできる学習時間には限りがある中で、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。第二に、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毎年相当数ある。同様に、答案の論理構成をしっかりと考えた上で読み手に分かりやすい文章を日常から心掛けるようにしてほしい。全体の論旨が読み取りづらい解答や国際法規則の設問事例への当てはめをどのように行ったのかが不明瞭な解答が今年も少なからずあった。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

その数は僅かではあるが、判読が困難な答案が若干存在する。時間の都合もあるとは思いますが、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26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）、国際取引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指針とした。その上で、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。

(1) 第1問について

民事訴訟法（以下「民訴法」という。）第118条と通則法第27条の関係の理解及び通則法第27条と通則法第34条の関係の理解並びに通則法第42条の適用要件に関する理解の深さと表現の巧拙が、評価に大きく影響したと思われる。

設問1の問題を、甲国において成立した離婚の承認の問題として捉え、民訴法第118条を適用する答案がかなりの数にのぼった。しかし、多くの答案は、抵触法による解決を求めており、正しく通則法第27条本文が準用する第25条に従い夫婦の同一常居所地法たる甲国法を特定できていた。とはいえ、これらの答案の多くは通則法第34条の規定に言及していなかった。また、抵触法による解決を求めようとした答案の中にも、設問を離婚の方式の問題として捉え、通則法第34条第1項を通じて通則法第27条本文を適用していた答案も少なくなかった。

なお、離婚の時点における夫婦の同一常居所地を特定しなければならないのに、（解釈により補うべき）連結時点を意識していないために、Qの常居所地が日本にあるとした上で、PとQは常居所を甲国に有しないとの答案や通則法第27条ただし書の適用を導くものもあった。

公序に反するか否かは、問題となっている外国法規を事案に適用した結果によって判断される。このことを指摘できていても、設問のPとQが婚姻の解消に合意していることを、具体的適用結果の枠組みの中で考慮していない答案は少なくなかった。

なお、設問を民訴法第118条の承認の問題と把握する解答であっても、同条第3号を適用しながら、実質的には通則法第42条を適用して問われるべき具体的適用結果を検討していた記述については、一定の評価を与えた。

設問2の小問(1)アについて、通則法第34条の方式の問題とするものも少なくなかったが、多くの答案は、協議離婚の許否の問題を通則法第27条の離婚と性質決定し、正しく同一常居所地法としての日本法を特定できていた。

設問2の小問(1)イについて、多くの答案は、離婚後における親子の面会交流の問題を通則法第32条の「親子間の法律関係」として性質決定し、当該規定を正しく適用していた。もっとも、設問2の小問(2)において問われている離婚の際の親権者指定の性質決定については、通則法第27条と通則法第32条のいずれの規定が適用されるべきかという問題を設定できているにもかかわらず、面会交流については同様な問題設定をすることなく論述する答案が多かった。

設問2の小問(2)では、大多数の答案は、離婚の際の親権者指定の問題を通則法第27条ではなく通則法第32条の問題であると性質決定できていた。これらの答案は、「子の福祉」やこれに類似する表現を用いて後者の規定を選ぶべき理由を示していたが、いかなる意味でこの規定が「子の福祉」に配慮しているかを十分に説明できていないものも少なくなかった。また、通則法第32条の規定を正しく特定していながら、当該規定の解釈を誤っている答案はかなりあった。特に、子Cの本国法と（親権者となることを求めている）母Rの本国法との一致いかに論じたり、父Pの服役という事実を通則法第32条の「父母の一方が死亡し、又は知れない場合」に包摂させるものがあった。

多数の答案は、公序則発動の要件を正しく理解していた。つまり、Pの服役を甲国法の具体的適用結果の枠組みの中で捉え、Cの常居所地が日本にあることを内国的関連性との関連で論じていた。しかし、公序則発動いかに全く言及していない答案も少なくなかった。

なお、公序則発動後の処理については、非常に簡単にのみ論述する答案が多かった。

(2) 第2問について

ほとんどの答案は、いわゆる特徴的給付（通則法第8条第2項）及びいわゆる鏡像理論（民訴法第118条第1号）につき一定の理解を示していた。

設問1について、大多数の答案は、国際物品売買契約に関する国際連合条約（以下「条約」という。）第1条に従い条約の適用可能性を肯定した上で、条約第6条を指摘できていた。しかし、条約第12条と条約第96条の解釈に関する問題として設問を捉える答案が多数あった。条約の事項的適用範囲に入らない問題に

ついて契約準拠法を指定することは無意味ではない。こういった点を指摘しながら、条約適用の排除を確実にする方法を提示する答案には高い得点が与えられた。

設問2について、大多数の答案は、通則法第7条の下で法選択がないことを指摘した上で、通則法第8条第2項に従い、受任者の常居所地法である日本法を同条第1項の「最も密接な関係がある地の法」として推定することができていた。もっとも、特徴的給付とは何かを一般的に論述する際に、金銭給付は「没個性的」であるから「特徴的ではない」といった同語反復的な表現を用いる答案が少なくなかった。

設問3について、多くの答案は、明示の法選択の存在を指摘しながら、民訴法第3条の3第1号の「債務の履行地」を正しく特定できていた。他方で、鏡像理論につき一応の説明を与えていても、直接管轄と間接管轄の関係を十分に理解していないために、甲国裁判所の間接管轄権を否定する答案が少なくなかった。また、被告と債務者とを混同して、債務履行地を特定する答案も少なからずあった。

4 今後の出題について

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

昨年と同様に、本年の「国際関係法（私法系）」においても、規定の趣旨を正確に把握した上で、必要があればこれを一般的な解釈論として表現し、事案への確に当てはめる能力の有無が問われている。

このことにつき、特に次の3点を指摘したい。第1に、明文の規定を的確に理解することが求められる（離婚の際の親権者との関連で述べたように、通則法第32条につき理解の精度が不足している答案が目についた。）。第2に、法規範が明文上完全な形では表現されていない場合、解釈による補充が求められる（通則法第27条について連結時点を意識していないと見られる答案が多数あった。）。第3に、法規範の抽象性が高い場合、解答を得るためには筋道立った推論が求められる（公序則の発動要件や鏡像理論との関連において、結論に至るまでの推論の過程を整然と示すことができない答案が多数あった。）。

これらの点を日頃から意識して学ぶことが必要のように思われる。