

平成27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 はじめに

本年は、出題の趣旨でも触れたとおり、従来の出題とは問題の構成を変更した。しかし、憲法上の基本的な問題の理解や、その上での応用力を見ようとする問題であることに変わりはない。したがって、本年においても、そうした問題であることを前提に、事案の正確な読解ができているか、憲法上問題となる点をきちんと把握して憲法問題として構成できているか、当該問題に関連する条文や判例に対する理解が十分であるか、実務家としての法的な思考や論述といった観点から見てどうか、などの視点から採点を行っている。その上で、主として答案に欠けているものを指摘するという観点から、採点に当たって気付いた点について述べると、以下のとおりである。これらも参考にしつつ、より良い論述ができるように努力を重ねてほしい。優秀な答案に特定のパターンはなく、良い意味でそれぞれに個性的である。

2 総論

(1) 全体構成等について

- ・ 本年は、原告となるBの主張が問題文に明記されている。すなわち、①Cとの同一取扱い、②Dらとの差別的取扱い、③自分の意見等を述べたことで正式採用されなかったことによる憲法上の権利侵害の三点である。これらの三点を憲法上どのような問題として捉えて構成するかはともかくとして、少なくともその三点の検討が求められているわけである。しかし、残念ながら、その一部しか論じていない答案が少なくなかった。また、上記①と②あるいは①②③の三点について、その違いや相互の関係を論じないまま漫然と一括りにして論じている答案や、設問1(1)ではそれぞれ別に論じていたのに、設問1(2)や設問2へと論述を進める中で、問題が混同されていき、判断内容等が分かりにくくなっていく答案も見られた。
- ・ 答案の中には、上記①と②をあえて統合し、一つの憲法第14条第1項違反として論じようとする答案も散見されたが、残念ながらそれに成功し、説得力のある論述となっている答案は見られなかった。
- ・ 上記①②③を並列的に論じる答案が一般的であったが、中には、「平等」の問題と「自由」の問題との違いを踏まえつつ、「平等」の問題が「表現」（ないし「思想良心」。なお、この点に関しては後記4も参照されたい。）の問題と連動している点を見抜き、両者を密接に関連付けて論じる答案もあり、優れた問題分析能力をうかがわせる答案があったことは印象的であった。

(2) 設問1のBの訴訟代理人の主張及びA市の反論について

- ・ 設問1(1)は原告となるBの立場から、(2)は被告となるA市の立場からの検討を求めているが、当事者の主張とはいえ、明らかに採用の余地がない主張をするのは適切とはいえない。例えば、「本問では『信条』による差別が問題となる」ところ、憲法第14条第1項後段列举事由による差別はおよそ許されないから、違憲である」という主張や、単に「本問では、思想良心の自由の侵害が問題となる」ところ、思想良心の自由は絶対的に保障されるから、違憲である」という主張がこれに当たるであろう。前者は、憲法第14条第1項後段列举事由

による差別も許される場合があることを前提に、同事由に特別の意味を持たせる必要があるかが議論されていることを看過し、後者は、思想良心の自由は、「内心にとどまる限り」絶対的に保障されるとされていることを看過している。こうした主張は、基本的な知識や理解がきちんとできていないことが背景にあるように思われる。基本的な知識や理解の重要性を改めて認識してほしい。

- ・ 設問1(2)におけるA市の反論について、「区別・取扱いには合理的理由がある」とか「裁量の逸脱・濫用はない」という、いわば結論部分だけを記載し、その理由を明示できていない答案が相当数あった。しかし、いかに「ポイントを簡潔に述べ」としても、反論である以上、A市としてその結論につながる積極的・直接的・根本的な理由を簡潔かつ端的に明示する必要がある。

(3) 設問2の「あなた自身の見解」について

- ・ 設問2では、設問1(2)で反論として自ら示した問題点を踏まえつつ、「あなた自身の見解」をきちんと論じるべきである。それにもかかわらず、理由をほとんど記載することなく、「Bの見解に賛成である」とか「A市の見解が妥当である」などと記載する例が見られたほか、結論がいずれであるかを問わず、多くの答案において、結論を導く過程で法的構成を事案に即して丁寧に論じることができていなかった。また、被告となるA市の反論が妥当でないことを論じるだけでは自己の見解を論じたことにはならないにもかかわらず、A市の反論に対する再反論のみを記載している答案も見られた。
- ・ 答案の中には、判断内容ないし判断理由が前後で矛盾・齟齬しているのではないかと思われるようなものも見られた。例えば、Cとの同一取扱いに関する合憲性の検討場面では、「Bは、反対意見を有するものの、安全性確保のためにY対策課で働きたいという動機があることを重視して、違憲である」としながら、Dらとの差別的取扱いに関する合憲性の検討場面では、「Bがなお反対意見を有していることから、合憲である」としているものなどである。法律家を志すものとしては、答案全体を通じて論述が一貫しているかについても注意を払う必要がある。

(4) 判断の枠組みの定立について

- ・ 判断の枠組みの定立にばかり気を取られてしまい、事実関係への着眼がおろそかになっている答案が見られた。他方で、事実関係には適切にかつその細部にも着眼できているが、判断の枠組みを定立するという意識を欠いており、結局は本問限りの場当たりの判断をしているのではないかと疑われるような答案も見られた。本問のような事例問題では、判断の枠組みを適切に定立した上で、事実関係に即して結論を考えていくという両方がきちんとできて初めて説得力のある論述となることを意識してほしい。
- ・ 基本的な知識や理解が不足しているからか、本問限りの独自の枠組みを定立しているかのような答案も見られた。しかし、判断の枠組みの定立に当たっては、判例や学説をきちんと踏まえる必要がある。
- ・ 判断の枠組みを定立するに当たり、「平等」の問題として論じているのか、それとも、「自由」の問題として論じているのかが判然としない答案や両者を混同していると思われる答案も少なくなかった。本問では、「平等」の問題と「自由」の問題が絡み合っている面があり、論述に当たっては様々な切り口が

考えられる。このような問題については、「平等」と「自由」の複合的な視点からの論述も考えられるであろうが、その場合には、「平等」の問題と「自由」の問題の違いを踏まえた上での十分な分析や検討が必要である。

(5) その他

- ・ 憲法上の主張や見解について問われているにもかかわらず、A市の反論や「あなた自身の見解」において裁量論に迷い込み、憲法論から離れてA市側の行為の当・不当を長々と論じている答案が散見された。A市側に一定の裁量があり、また、問題文から拾い上げる要素にも大きな違いはないかもしれないとしても、飽くまでも憲法上の主張や見解について論じていることを意識して答案を作成してほしかった。

3 平等について

- ・ 少なくともDらとの差別的取扱いは平等に関する典型的な問題であり、相対的平等に関わる問題として論じる必要があることに気付いてほしかったが、「絶対的平等・相対的平等」というキーワードを明示できていた答案は必ずしも多くなかった。この点を「形式的平等・実質的平等」や「機会の平等・結果の平等」などと指摘する答案も相当数あった上、これらと「絶対的平等・相対的平等」を混同していると思われる答案も少なくなかった。このような基本的概念については、キーワードを覚えるだけではなく、具体例に基づいた正確な理解が求められる。受験者におかれては、改めて「基本を大切に」ということを意識してほしい。
- ・ 「法の下」の意義（法適用の平等に尽きるか、法内容の平等も含むのか）については、本問では論じる必要がないと考えられるにもかかわらず、これを論じているものが散見された。マニュアル的、パターンの準備してきたものをそのまま書くのではなく、なぜその点を論じる必要があるのかを事案に即して考え、準備してきたものの中から取捨選択して論じていくべきである。なお、現在の実務では、必要のないことに言及するのは無益ではなく有害と評価される場合もあることに留意してほしい。
- ・ Dらとの差別的取扱いについて、勤務実績が同程度あるいは下回る実績の者を採用したことを差別として検討し、反対意見を持っていることが不採用の理由であることがどのような意味を持つのかを検討していない答案、逆に、反対意見を持っていることに触れながら、勤務実績の点については触れていない答案があった。問題文に記載されている事実がどのような意味を持つのか十分に検討して答案に反映してほしい。
- ・ 平等違反の問題を検討するに当たっては、「何」による差別の問題であるのかをきちんと指摘・検討する必要がある。本問で言えば、憲法第14条第1項後段の列挙事由である「信条」による差別ではないかという点である。しかし、この点に関する指摘・検討が全くない答案が少なくなかった。
- ・ Cとの同一取扱いについて、Bの訴訟代理人であるにもかかわらず、「平等（憲法第14条第1項）違反を構成する余地がないから、諦める」などとして、この点に関する主張をあえてしないという答案が少ないながらもあった。確かに、Cとの同一取扱いの問題を憲法上の問題としてどのように構成するかには悩ましい面があるかもしれない。しかし、将来弁護士になれば、明らかに採用の余地がな

い主張はすべきでないことを前提としつつも、不利な事実関係にも配慮しながら、何とか裁判所に受け入れてもらえるような説得的な法律構成がないかと思ひ悩み、考えなければならないであろう。そのような悩みを見せずに簡単に諦めるべきではない。

4 表現の自由について

- ・ 表現の自由について論じることなく、その代わりに憲法第19条の思想良心の自由の問題として論じる答案が多数あった（なお、そのような答案の中には、思想良心の自由の問題であるとしながら、外部への表現行為の制約を論ずる答案も散見された。）。しかし、本問において、Bは、A市がBの「甲市シンポジウムでのY採掘に反対する内容の発言等があること」を不採用の理由の一つとしたことを前提に、「自分の意見・評価を甲市シンポジウムで述べたことが正式採用されなかった理由の一つとされていることには、憲法上問題があると考えている」のであるから、思想良心の自由の問題を別途検討することはともかくとして、ここでは自分の意見・評価を述べたこと、すなわち、憲法第21条の表現の自由の問題についてまず論じてもらいたかった。
- ・ 甲市シンポジウムでの意見表明を理由として不採用になった点につき、表現の自由の問題であるとしつつも、安易に「表現の自由が制約されている」と記載している答案が目についた。しかし、本問の場合、表現行為そのものが制約されているわけではないから、それにもかかわらずなぜ表現の自由の制約に当たるのかを論じてほしかった。
- ・ 表現の自由の問題を考えるに当たっては、Bの意見が公共の利益に関わるものである点が重要になるが、この点をきちんと指摘する答案は少なかった。
- ・ 表現活動への萎縮効果を論じるに当たっては、Bのみならず、その他の者も含めて一般に与える影響という観点が重要であるが、多くの答案がB自身の表現活動への萎縮効果を論じるにとどまっていた。

5 その他一般的指摘事項

(1) 論述のバランス

- ・ 本年は、各問の配点を明記することで答案における記述量の配分の目安を示し、それに応じたバランスのよい記載で、かつ、最後までしっかりと書くことを求めたところである。しかし、例年のように、途中答案が相当数あったほか、一応最後まで書いている答案も、設問2について配点に相応しい分量になっていないものが多かった。また、設問1(1)について簡単な記述で済ませている答案や、逆に、設問1(2)について長々と論じている答案（そのような答案は、設問2の論述が非常に薄いものとなる傾向があった。）も見られた。

(2) 問題文の読解及び答案の作成一般

- ・ B、C、Dらがそれぞれどのような立場の人間であるのかについて事実関係を混同・混乱している答案があった。また、その誤記等（BをXと記載したり、文章内容からはCを指していると思われる者をDと記載したりする例）も散見された。単なる書き間違いかもしれないが、判断の前提となる事実関係を的確に把握できていないのではないかと疑われかねないので、問題文に即して正確

に論述してほしい。

- ・ 問題文で与えられた事実に憲法的な評価を加えることなく、問題文の単なる引き写しや単に羅列するだけの答案が一定数見られた。また、問題文で与えられた事実を超えて必要以上の推測をし、それ（問題文にない事実）を答案に反映させている答案も見られた。このような答案は説得力に欠け、また、後者については「問題文はそのようなことを言っていない」と否定的に評価される可能性があることに注意してほしい。
- ・ 憲法の条文の解釈（本問では特に第14条）について、これをせず、あるいは、これできていない答案が散見された。また、条文は誤りなく示す必要があるが、これできていない答案もあった（表現の自由を第22条第1項あるいは第23条第1項とする例が少ないながらもあった。）。条文の表記や解釈を大切にしてほしい。
- ・ 設問1(1)の問題文において職業選択の自由については論じないこととする旨明示してあるにもかかわらず、これに反して、正面から職業選択の自由について論じる答案があった。

(3) 形式面

- ・ 普段手書きで文書を作成する機会が少ないためであろうか、誤字や脱字がかなり目に付いた。特に法律用語の誤記については、法律家としての資質自体が疑われかねないので注意してほしい。また、略字を使用する答案もあったが、他人に読ませる文章である以上、略字の使用は避けるべきである。
- ・ 解読が困難な字で書かれた答案も散見された。例えば、字が雑に書かれたり、小さかったりして読みづらいもの、加除や挿入がどのようになされているのか判読し難いものなどである。時間がなくて焦って書いているのは分からないではないが、他人に読ませる文章である以上、読み手のことを考えて、上手な字でなくても読みやすい、大きな字で、また、加除や挿入は明確に分かるような形での答案作成を望む。

平成27年司法試験の採点実感等に対する意見（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

差止め訴訟の訴訟要件が本件で満たされるかについて、最高裁平成24年2月9日第一小法廷判決（民集66巻2号183頁。以下「最高裁平成24年判決」という。）を踏まえて判断基準を述べた上で、本件の事実関係に即して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。

差止め訴訟を挙げた上で、行政事件訴訟法第3条第7項及び第37条の4に規定された「一定の処分…がされようとしている」、「重大な損害を生ずるおそれ」等の訴訟要件について論じていれば、一応の水準の答案と判定した。加えて、「重大な損害を生ずるおそれ」の要件について、最高裁平成24年判決を踏まえて論じていれば、良好な答案と判定した。加えて、同要件について、最高裁平成24年判決にいう「処分がされた後に取消訴訟を提起して執行停止を受けることなどにより容易に救済を受けることができるもの」か否かを、本件命令後直ちにウェブサイトで公表されて顧客の信用を失うおそれがあるという本件の事実関係に即して具体的かつ的確に論じていれば、優秀な答案と判定した。

(2) 設問2

消防法及び危険物政令の関係規定の趣旨及び内容、保安距離の短縮に関する本件基準の法的性質及び内容、危険物政令第9条第1項第1号ただし書及び第23条の関係について論じた上で、本件基準に従って行われる本件命令の適法性について、行政裁量論に関する基本的理解を踏まえ、本件の事実関係を適切に把握した上で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。

本件基準の法的性質を裁量基準として理解した上で、本件命令の適法性を行政裁量論の枠組みにより論じていれば、一応の水準の答案と判定した。加えて、保安物件（本件では葬祭場）が新設された場合に既存の一般取扱所の所有者等が負担を負う可能性を考慮して、個別事情に即して柔軟に危険物政令の定める技術基準への適合性を判断すべきであるとの観点から、本件基準の合理性、及び本件において水準以上の防火塀・消火設備を考慮して本件基準の例外を認める可能性について論じていれば、良好な答案と判定した。加えて、一般取扱所の事故が保安

物件に波及することを防止しその安全を確保するために保安距離を定める危険物政令第9条第1項第1号の趣旨も踏まえて、本件基準①（短縮条件）及び②（短縮限界距離）の中で考慮されている事項に即して本件基準の合理性を検討していれば、優秀な答案と判定した。

危険物政令第9条第1項第1号ただし書と第23条との関係については、前者の規定の効果が保安距離の短縮であるのに対し、後者の規定の効果が保安距離の規定の不適用であるという違いに着目していれば、良好な答案、後者の規定を適用する要件が絞り込まれていることに着目していれば、優秀な答案と判定した。

(3) 設問3

消防法第12条第1項の趣旨を論じ、最高裁昭和58年2月18日第二小法廷判決（民集37巻1号59頁。以下「最高裁昭和58年判決」という。）の趣旨を踏まえた上で、取扱所の設置後に都市計画決定による用途地域の指定替えがあったという本件の特殊事情に即して、本件で損失補償を請求できるかについて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。

消防法第12条が、警察規制の定めであり、事後的に周囲に保安物件が新設された場合にも取扱所の所有者等に技術上の基準への適合性を維持する義務（基準適合性維持義務）を課すことを、損失補償を不要とするファクターとして一定程度説いていれば、一応の水準の答案とし、こうしたファクターを明確に論じていれば、良好な答案と判定した。加えて、用途地域の指定替えに伴う保安物件の新設が、Xにとって予見してあらかじめ回避できる事情であるかどうかを、的確に論じていれば、優秀な答案と判定した。

4 採点実感

以下は、考査委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

(1) 全体的印象

- ・ 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。
- ・ 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ような答案が多く見られた。
- ・ 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。答案構成をきちんと行った上、読み手に分かりやすい答案とするためには、例えば、適度に段落分けを行った上で、段落の行頭は1文字空けるなどの基本的な論文の書き方に従うことや、冒頭部分に見出しを付けるなどの工夫をすることが望まれる。

- ・ 少数ではあるが、どの設問に対する解答かが明示されていない答案が見られた。冒頭部分に「設問1」等と明示をした上で解答することを徹底されたい。
- ・ 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く見られた。また、根拠となる関係法令の規定を引き写しただけで結論を提示するにとどまり、法律の解釈論を展開していない答案が少なからず見られた。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。
- ・ 本件のように対立利益の相互の調整が問題となる事案では、抽象的な関係法令の趣旨・目的を踏まえて、一方当事者の立場のみに偏することなく、関係者の相互の利益状況を多面的に考慮した上で結論を導き出すことが求められる。
- ・ 要件裁量、効果裁量、裁量基準、行政規則、特別の犠牲といった、行政法の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。
- ・ 時間配分が適切でなく、設問1については必要以上に詳細に論じ、設問2又は設問3については、時間不足のため記載がないか又は不十分な記載しかないものが少なからず見られた。

(2) 設問1

- ・ 受験者にとって解答しやすい設問であったと思われる、概ねよくできていた。
- ・ 本件で特に検討を要する訴訟要件である「重大な損害を生ずるおそれ」の要件について、まず判断基準を述べてから本件の事実関係に当てはめるという、法律論としての「作法」がとられていない答案、差止め訴訟に関する重要判例である最高裁平成24年判決を意識せずに書かれた答案が予想外に多かった点は、残念であった。
- ・ 少数ではあるが、処分性や原告適格といった、本件においては充足されることがほぼ自明である訴訟要件について、不相当に多くの紙幅を割いて論じている答案が見られた。他方で、「一定の処分…がされようとしている」等の差止め訴訟に固有の要件について全く述べていない答案が多かった。行政事件訴訟法が定める訴訟類型のそれぞれについて、必要となる訴訟要件を正確に理解するとともに、どの要件が特に問題になるのかも把握しておくことが学習に当たって重要であろう。

なお、行政事件訴訟法第3条第7項の「一定の処分…がされようとしている」の要件の問題であるにもかかわらず、同法第37条の4第1項の「一定の処分…がされることにより」という要件と混同する答案も一部に見られた。具体的な条文に則した正確な理解が望まれる。

- ・ 「処分がされた後に取消訴訟を提起して執行停止を受けることなどにより容易に救済を受けることができるもの」か否かという判断基準（最高裁平成24年判決）を正しく示しているにもかかわらず、移転命令による移転の不利益のみを挙げて「重大な損害を生ずるおそれ」の要件充足を肯定している答案が少なからずあった。上記の判断基準の意味を正確に理解していれば、移転の不利益と公表による不利益それぞれについて、取消訴訟及び執行停止が有効な救済手段になるかどうかについても正しく検討できるはずである。
- ・ 少数ではあるが、問題文において「抗告訴訟として考えられる訴えを具体的に挙げ」るよう指示されているにもかかわらず、仮の救済を挙げて論じている

答案や、「訴訟要件を満たすか否か」について検討することが指示されているにもかかわらず、本案勝訴要件について紙幅を割いて論じている答案など、明らかに行政事件訴訟法に関する基本的知識が不足していると思われる答案も見られた。

(3) 設問2

- ・ 問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、消防法及び関係法令の関係規定の趣旨を正しく読み解けるかどうかを試す設問であったが、まさにその点で大きく差がついた印象があった。根拠規定・関係規定の相互関係や本件基準の法的性質を正しく理解して論じる優れた答案もある一方で、事実関係や法の趣旨を勘違いしている答案もあった。
- ・ 事実関係の把握の誤りとしては、第一種中高層住居専用地域から第二種中高層住居専用地域への用途地域の指定替えが行われたのが、本件葬祭場の所在地であって、本件取扱所の所在地は一貫して工業地域であることを正しく理解していないため、誤った議論を展開してしまっている答案が少なからずあった。
- ・ 裁量権濫用論の一般的な定式を挙げた上、関係法令の趣旨を十分踏まえずに、「考慮すべき事情を考慮していないから違法」、あるいは「考慮すべきでない事情を考慮しているから違法」と平板に論じる答案が相当数見られた。過去の採点実感でも指摘した点であるが、論点単位での論述の型を形式的に覚えているだけではないかと疑わざるを得ない。
- ・ 本件基準の法的性質について、行政の行為形式論を踏まえて論じていない答案が相当数見られた。また、本件基準は、「裁量基準（行政規則）」であるにもかかわらず、「裁量基準（行政規則）」と「委任命令（法規命令）」との基本的な区別を正しく理解しないまま、委任立法の限界といった的外れな枠組みで検討している答案が相当数見られた。本件基準は市の「内部基準」であることが問題文で明言されており、「委任命令（法規命令）」と理解することができないことは明らかである。
- ・ 裁量基準に従ってされる行政処分の適法性の審査においては、法令の趣旨・目的に照らした裁量基準の合理性の有無、裁量基準に合理性があることを前提とした個別事情審査義務の有無が問題となるが、これらを十分に踏まえた検討ができていた答案は少数であった。
- ・ 会議録中に記載された、危険物政令第9条第1項第1号ただし書きの趣旨についての「新たに設置される製造所の設置の許可に際して、このただし書の規定を適用し、初めから保安距離を短縮する運用は、規定の趣旨に合わない」という説明から、防火のための距離制限の制度趣旨を十分考慮せずに、単純に既存製造所設置者の利益を保護すべきと考えて、このことから直ちに本件命令が違法であると結論付ける答案が相当数見られた。
- ・ 本件基準①の合理性の検討において、消防法の規制の趣旨を踏まえることなく、「建築基準法上、工業地域においては、一般取扱所を建築することができ、倍数に関する制限もない」ことをもって、直ちに、本件基準①は不合理であるとする答案が多く見られた。
- ・ 危険物政令第23条について、その立法経緯を「特殊な構造や設備を有する危険物施設」、「一般基準において予想もしない施設が出現する可能性」に対処

するものであるとしながら、一般の防火塀・消火設備がこれに該当するとして同条の適用を簡単に肯定するなど、会議録の記載をそのまま引き写しただけで、その内容を理解していないのではないかと思われる答案が多く見られた。

(4) 設問3

- ・ 本問を検討する上でヒントとなる最高裁昭和58年判決について知らない、あるいは正確な知識を持っていないのではないかと思われる答案が多く見られたのは残念であった。
- ・ 本問の損失補償の要否については、消防法第12条の規制の目的を中心に検討する必要がある。しかし、消防法第12条の基準適合性維持義務の趣旨から、取扱所の所有者等に移転義務を課すことが警察規制（消極目的規制、内在的制約）に当たり、損失補償は容易には認められないことを順序立てて論じていない答案が相当数見られた。
- ・ 損失補償の要否について、形式的基準と実質的基準の二つを示しながら、それらを必ずしも正確に理解しないまま本件に当てはめて損失補償の要否を判断している答案が相当数見られた。特に、「侵害行為の対象が一般的か個別的吗」という形式的基準を前提として、「本件では消防法上の移転命令がXという特定人に対して適用されるから損失補償が必要」と論じる答案が相当数見られた。しかし、この論理を適用すれば、およそあらゆる不利益処分に対して損失補償が必要になってしまうのであって、本件では、侵害行為の対象が一般的か個別的吗かという基準は全く決め手とはならない。過去の採点実感でも指摘した点であるが、上記の基準の意味を正確に理解せずに、論点単位での論述の型を形式的に覚えているだけではないかと疑わざるを得ない。
- ・ 本問では、会議録において指示されているとおり、平成17年の時点では葬祭場の建築は原則として不可能であったが、平成26年に第一種中高層住居専用地域から第二種中高層住居専用地域に指定替えがされたため葬祭場の建築が可能になったという事情が、損失補償の要否にどのような影響を及ぼすかを検討することが求められている。しかし、新たな都市計画決定により用途地域の指定替えがあり得ることは、予測可能な事情といえるのではないかと、また、第一種中高層住居専用地域でも、学校・病院の建築は可能であることからすると、後発で近隣に建物が建築され得ることは、予測可能な事情といえるのではないかとという点に言及した答案は、ごく少数にとどまった。

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

- ・ 設問1及び設問3は、最高裁判所の重要判例を十分理解していれば、比較的容易に解答できる問題であった。しかし実際には、設問1について最高裁平成24年判決を意識せずに書かれた答案が予想外にあり、設問3については、最高裁昭和58年判決を意識して書かれた答案が残念ながら少数にとどまった。行政法について短答式試験が廃止されても、重要判例を読んで理解する学習をおろそかにしてはならないことを、注意しておきたい。
- ・ 設問2については、本件でXがいかなる法的な問題を抱えているか、そして、Xの抱えている法的問題が、関係する法制度のどのような特徴に端を発しているかという点を、明確に理解することが、解答のための第1のステップである。そ

して、Y市長の本件命令に係る裁量権行使の適法性を判断するために、Y市長が考慮すべき事項及び重視すべき事項を、関係法令の関係規定からの確に読み取って、本件基準の評価につなげることが、解答のための第2のステップである。このうち、第1のステップには相当数の答案が達しており、この点には法科大学院教育の成果を認めることができた。しかし、第2のステップでは綿密な検討がなされておらず、裁量権濫用論の一般的な定式とXの救済の必要性とをいきなり結び付ける答案が相当数見られた。これは、過去の採点実感で繰り返し指摘している点であるが、論点単位で論述の型を覚える学習の弊害が現れた結果ではないかと思われる。したがって、今後の法科大学院教育に求めたいのは、昨年と同様、「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」ことである。

- ・ 法律的な文章という以前に、日本語の論述能力が劣っている答案が相当数見られ、近年では最低の水準であるとの意見もあった。法律実務家である裁判官、検察官、弁護士のいずれも文章を書くことを基本とする仕事である。受験対策のための授業になってはならないとはいえ、法科大学院においても、論述能力を指導する必要があるのではないか。

平成27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27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、従来と異なる。

さらに、複数の論点に表面的に言及する答案よりも、特に深い考察が求められている問題点について緻密な検討をし、それらの問題点の相互関係に意を払う答案が、優れた法的思考能力を示していると考えられることが多い。そのため、採点項目ごとの評価に加えて、答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じて点を与えることとした。これらにより、ある設問について法的思考能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、そのことにより知識や理解が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、これらは上記の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、添付と即時取得という物権法の基本的事項に対する理解を問うと

ともに、これと関連する形で不当利得についても検討させることにより、法律問題相互の関係の正確な理解とそれに基づく法的構成力を問うものである。

まず、小問(1)では、Aは、Cに対して、材木①の所有権がAに帰属すると主張してその引渡しを請求していることから、材木①の所有権の所在について検討することが求められる。その際、AB間における丸太の売買契約では、Bが売買代金を支払うまで丸太の所有権はAに留保されていること、Bがまだ売買代金を支払っていないこと、丸太の製材は民法第246条の加工に当たり、同条第1項本文及びただし書によると、材木①の所有権は丸太の所有者であるAに帰属することを的確に分析することが期待されている。これに対し、Cの反論としては、民法第192条の即時取得を主張することが考えられる。Cは、Bとの売買契約、つまり取引行為に基づき、材木①の引渡しを受けているからである。しかし、【事実】2によれば、Bが材木①の所有者であると信じたことにつき、Cには過失が認められる。

小問(1)に関して検討を要する事項は以上のとおりであるが、このうち、Aの請求の根拠が材木①の所有権にあること、及びCの反論として即時取得を検討すべきであることについては、大多数の答案が言及しており、一定程度の理解が示されていた。また、即時取得の成否を検討するに当たって、特に善意無過失という要件に関し、民法第186条及び第188条を参照してそれが推定されるとしつつ、【事実】2によればCには過失が認められるとした答案が数多く見受けられ、理論と実務の架橋を目指した法科大学院における要件事実及び事実認定に関する教育が浸透していることがうかがわれた。

その一方で、材木①の所有権の帰属を検討する際に、加工について言及する答案は必ずしも多くなかった。それらの答案の多くは、AB間における売買契約の目的物を丸太ではなく、材木①であると記しているのに対して、AB間における売買契約の目的物を丸太であると正確に理解している答案の多くは、加工にも言及していることからすると、問題文を注意深く読み、問題となる事実を正確に理解することができていないところに不十分な点があったものと推察される。検討を行う時間が限られているため、このような誤解はあり得るものではあるが、問題文を正確に読み取ることは問題分析の前提であることから、全体的な傾向として見られる課題として特に指摘しておく。

次に、小問(2)では、Aは、Dに対して、材木②の価額の償還を求めていることから、その根拠が確認されなければならない。まず、材木②は、材木①と同様の理由からAの所有物であるが、Dの所有する乙建物に組み込まれて一体化されている。これは民法第242条の不動産の付合に当たり、同条本文によると、乙建物の所有者であるDが材木②の所有権を取得する。その結果、材木②の所有権を失ったAは、民法第248条に従い、Dに対し、その償金を請求することができる。このAの請求の基礎付けに際しては、不動産の付合の意義が正確に説明され、本問に示された事実関係に即して適切な当てはめをすることが求められる。また、民法第248条は「第703条及び第704条の規定に従い」としていることから、AのDに対する請求の具体的な内容を確定するためには、不当利得の成立要件について、本問に示された事実関係に即して検討する必要がある。

以上の諸点につき、全体として、答案は、不動産の付合を含め添付の成否に触れているものと、全く添付に言及することなく、もっぱら不当利得のみを論じているものとに大別された。本問における利得と損失は、付合による合成物の所有権の取得とそれに伴う付合物の所有権の喪失に基づくことからすると、後者は分析として不十分なものといわざるを得ないが、そのような答案も相当数見られた。また、添付が問題となることに気付いているものの、民法第243条の動産の付合と解したり、民法第246条の加工と解したりするものも一定数存在した。そのため、不動産の付合として問題の分析をした答案は多数とまではいえなかった。さらに、不動産の付合であることを指摘するだけで、それ以上に論旨が展開されていない答案も散見された。全体として、添付制度の法的な意義並びにそれに関する諸規定の体系的な理解が十分でないことがうかがわれたことを特に指摘しておく。

以上に加えて、本問では、AがDに対して請求することができる額について、AB間の関係を考慮に入れた検討をすることも期待されていた。材木②の価額は200万円であるから、材木②の所有者であるAは、Dに対して、200万円を請求することができるはずである。他方、材木②の材料に当たる丸太の価額は150万円であるため、Aが受けた損失を勘案するならば、AがDに対して請求できる額は150万円にとどまると考える余地もある。そこまで考察の及んでいる答案は少数であったが、正確な分析がされている答案も散見された。問題文では、「材木②の価額」の償還を請求することができるかどうか問われるとともに、請求の「内容」を説明することが求められていたのだが、請求することができる額まで問われていないと誤解された可能性もある。

以上により基礎付けられるAの償金請求に対するDの反論として考えられるのは、例えば、DがCに請負代金を支払済みであることから、その限度でDの利得は消滅したという主張である。この反論を基礎付けるためには、Aが受益をした時点、つまり材木②が乙建物に付合した時点において、Dが、材木②の所有権をCが有しないことにつき善意であり、かつ、悪意に転じる前に、Cに請負代金を支払ったことが指摘されなければならない。

しかし、仮にDが自分で乙建物のリフォーム工事をするためにCから材木②を購入し、まだ材木②が乙建物に付合していないとすると、Dについて即時取得が成立しない限り、DがCに材木②の売買代金を支払ったとしても、AはDに対して材木②の返還を請求することができるはずである。このような観点からすると、DがCに請負代金を支払っていることを理由として、Dの利得の消滅を認めることは適切でなく、むしろ、Dにおいて材木②の価値に相当するものを即時取得したと評価することができる場合に、Dの利得について法律上の原因が認められ、DはAの償金請求を拒絶することができる方が適切である可能性もある。その際には、引渡し時における善意無過失という即時取得の要件について、Dは、乙建物の鍵のうちの1本をCに交付して仮住まいの家に移っただけであるから、Cを通じて乙建物を間接的に占有していると評価することができるため、Dの善意無過失について判断すべき基準時は材木②が乙建物に付合した時点であると考えられる可能性があること等に留意する必要がある。

以上のようなDの反論に関する検討については、時間の制約からか、叙述の分量が少ない答案も相当数あったほか、DがCとの請負契約に基づきCに請負代金を支払っているという事実から、Dには利得がない、あるいはDの利得には法律上の原因が認められると簡単に述べるものが多数であった。材木②の材料に当たる丸太の所有者であったAがDに対して民法第248条に従った請求をしている場合において、DがCとの契約に基づいて代金を支払っていることが利得の消滅や法律上の原因の不存在を基礎付けるとするためには相応の説明が求められるが、この点について言及するものは少なかった。その一方で、小問(1)において即時取得が問題とされ、またCD間における請負契約も取引行為であること等もあってか、ここでも即時取得に関する検討を行った答案も少なからず存在した。その中には、付合と即時取得との関係という理論的な問題や本問における引渡しの有無という法制度の正確な理解に基づく事実認定に関わる問題に言及している答案もあった。こうした検討を行う能力は、とりわけ法科大学院における双方向教育による思考の訓練・錬磨を通じて身につけることができるものであり、その成果の一端がうかがわれた。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、材木①の所有権がAに帰属することを、AB間における所有権留保と加工に関する分析を踏まえて正確に確定した上で、Cによる即時取得の成否につき、事実関係に即した的確な検討を行うとともに、不動産の付合の意義を明らかにしつつ、償金請求の根拠及び内容について適切に考察し、さらにDの反論について上記のような検討を行うものである。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と検討している事項はほぼ同じであるものの、要件・効果に関する説明が不十分であったり、該当する事実の摘示の仕方が粗雑であったりする等、論述の一部について周到さや丁寧さを欠くものである。例えば、不動産の付合の成否の基準を示さないまま、本問の事実在即してその成立を認めるもの等、基本的な事項に対する理解はうかがえるものの、その理解を過不足なく示すことができていないもの等がこれに当たる。

一応の水準に該当する答案の例としては、次の2つが挙げられる。第1の例は、検討すべき事項のほぼ全てについて言及しているものの、全体として説明が十分でないものである。例えば、小問(1)に関しては、Cの反論として即時取得を挙げ、本問においてCに過失に相当する事実が認められることは述べているものの、根拠となる規定の要件に即した説明が不十分ないし不正確にとどまるもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、不動産の付合に言及し、本問においてそれが認められることは述べているものの、根拠となる規定の要件に即した説明が不十分ないし不正確にとどまるもの等がこれに当たる。このような答案は、それぞれの問題ないし制度の相互関係を体系的に理解しているという意味では、一応の水準に到達しているといえるが、個々の問題ないし制度に関する理解に問題を残すものといえる。第2の例は、個々の問題ないし制度については的確な理解を示しているものの、検討すべき事項の一部について考察を欠くものである。例えば、小問(1)に関しては、加工に全く触れていないもの、また、小問(2)に関しては、不動産の付合に全く触れていないもの等がこ

れに当たる。このような答えは、検討すべき事項の相当部分について十分な理解を示しているという意味で一応の水準に達しているといえるが、基本的事項の一部について理解が至らない点があり、全体として十分なものといえない。

不良に該当する答案の例は、検討すべき事項の中心的な部分について考察を欠くものである。例えば、小問(1)に関しては、所有権留保や加工に全く触れることなく、即時取得のみを論じるもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、材木②の所有権の帰趨に全く触れることなく、利得及び損失を明確に特定しないまま不当利得を検討するもの等がこれに当たる。このような答えは、たとえ検討されている個々の事項だけを取り上げれば適切な論述がされているとしても、それぞれの問題ないし制度の相互関係に対する体系的な理解が不十分であることから、不良に該当する。

(2) 設問2について

ア 設問2の全体的な採点実感

設問2は、立木が二重に譲渡された後に切り出された場合においてその切り出された丸太について返還請求がされた事例を素材として、所有権に基づく物権的返還請求権の主張に対する典型的な抗弁の1つである対抗要件具備による所有権喪失の抗弁について正確に理解しているかどうか、及び民事留置権の成否に関して事案に即した適切な検討をすることができるかどうかを問うものである。

まず、小問(1)では、対抗要件具備による所有権喪失の抗弁の構造を正確に理解した上で、それを本問の事例に即して展開し応用する能力が問われている。

本問の事例の特徴は、立木がAからE及びAからFに二重に譲渡された後に切り出され、立木の第一譲受人であるEが、その切り出された丸太について、立木の第二譲受人であるFからその切り出された丸太の寄託を受けたGに対して返還請求をしている点にある。ここでは、対抗要件が問題となることは比較的容易にわかるものの、二重譲渡が問題となる典型的な場面と異なり、二重譲受人相互間で返還請求が行われているのではなく、第一譲受人から第二譲受人の受寄者に対して返還請求が行われていることから、対抗要件が物権変動において持つ意義を踏まえて、返還請求を拒否する主張が導かれる「根拠」を説明することが求められる。また、その前提として、立木の所有権と切り出された丸太の所有権の関係を正確に理解し、何についてどのような対抗要件の具備が必要とされるかということを示すことも求められている。

大多数の答案は、返還請求の目的物である丸太③は、甲土地から切り出される前は、甲土地に生育していた立木であり、この本件立木の所有権は、甲土地の所有者であるAに帰属することを前提として、本件立木の所有権がまずAからEに譲渡され、その後甲土地とともにAからFに譲渡されていることから、本件立木の所有権の譲渡について対抗要件が具備されているか否かが問題となることを指摘することができていた。ただし、本件立木は、民法第86条第1項の意味での甲土地の定着物ないし民法第242条の付合により甲土地と一体となるものであることから、甲土地の所有者に帰属すること、その後本件立木が甲土地から切り出されても、本件立木の所有者が有していた所有権は切り出された丸太②にも及び続けることを正確に示すことができていた答案は少数に

とどまった。これらは、物権法の基本的ルールに当たることから、当然視されたのかもしれないが、決して自明のことではなく、説明を要する事柄である。

問題は、上記のように、第二譲受人であるFの受寄者であるGがなぜ第一譲受人であるEの返還請求を拒否することができるかである。Eの返還請求が、Eが本件立木の所有権を取得したこと、したがって丸太③の所有権を有することを理由とするものと考えられることから、Gとしては、Eが丸太③の所有権を有しないことを基礎付ければ、Eの返還請求を拒否することができる。そのための構成としては、(i) AからFへの本件立木の所有権の譲渡について対抗要件が具備されていることにより、「第三者」であるEとの関係でも、Fが本件立木の所有権を確定的に取得する結果、Eは本件立木の所有権を喪失し、したがって丸太③の所有権を有しないことになるという構成（対抗要件具備による所有権喪失の抗弁）と、(ii) AからEへの本件立木の所有権の譲渡は、対抗要件を具備しない限り「第三者」に対抗することができないため、この「第三者」との関係では、Eは本件立木の所有権を取得したといえず、したがって丸太③の所有権を有しないことになるという構成（対抗要件の抗弁）が考えられる。

このうち、(ii)対抗要件の抗弁による場合には、Gが「第三者」に当たること基礎付ける必要がある。もっとも、本問で問題となっているのは立木の物権変動であり、これは一般に不動産の物権変動として捉えられていることからすると、ここでは、受寄者が不動産の物権変動の「第三者」に当たるか否かが問題となる。判例及び通説的見解はこれを否定していることを踏まえて、なお「第三者」に当たるとする理由を説得的に述べることが求められる。そのような説明を試みる答案も見られたが、特に理由を述べることなくこれを肯定するものも少なくなかった。そのような答案は説明が不十分であり、消極的に評価せざるを得ない。それに対して、立木の第二譲受人であるFはこの「第三者」に当たることから、Fから丸太③の寄託を受けたGは「第三者」であるFの地位を援用するという説明をするものも一定数見られた。これはあり得る構成の一つであり、積極的に評価することができる。

(ii) 対抗要件の抗弁についてはこのような検討を要することからすると、本問におけるGの主張の「根拠」としてまず考えられるのは、(i)対抗要件具備による所有権喪失の抗弁である。全体として見ても、多くの答案がこの抗弁について言及していた。これは、法科大学院における要件事実に関する基礎的教育が実を結んでいることの表れと考えられる。もっとも、「所有権喪失の抗弁」という表現は出てくるものの、実際には、GないしFが「第三者」に当たるか否かのみを論じ、AからEへの本件立木の所有権の譲渡は、対抗要件（明認方法）が具備されていないため、GないしFに「対抗」することができないと述べる答案も相当数見られた。これは、民法第177条に関する要件事実について表面的な知識はあるものの、その法的な意義及び根拠が十分に理解されておらず、その結果として対抗要件の抗弁と対抗要件具備による所有権喪失の抗弁の区別ができていない結果であると考えられる。このほか、さらに、民法第177条や「対抗」ないし「対抗要件」という表現を用いた説明を試みるものの、誰が誰に対して何を対抗することができるかということを示さず、

どのような主張をしているのかが判然としない答案も一定数見られた。

以上に対して、返還請求の目的物が丸太③であることに目を奪われたのか、これを動産の物権変動の対抗問題として捉えたり、動産の即時取得の問題として構成したりするものも一定数見られた。本問では、AからEには売買により本件立木の所有権が譲渡され、AからFには売買により甲土地及び甲土地上の本件立木の所有権が譲渡されている。「対抗」が問題とされるのは物権の変動であるという基本的事項が正確に理解されていれば、そのような誤解は生じなかったものと考えられる。

小問(2)では、寄託契約に基づく保管料債権を被担保債権とする民事留置権の成否について正確に検討することができるかが問われている。

ここでは、まず、Gの主張が民法第295条の民事留置権に基づくものであることを示した上で、民事留置権の要件のすべて、すなわち、(i)他人の物を占有していること、(ii)その物に関して生じた債権を有すること、(iii)被担保債権の弁済期が到来していること、(iv)占有が不法行為によって始まったものでないことについて、主張・立証責任の所在にも留意しつつ、それぞれの要件の意味を示し、それに該当する事実の有無を判断することが求められる。多くの答案は、本問の事実関係に即して民事留置権の成否を検討しており、民事留置権の基本的な意味が理解されていることがうかがわれた。

また、本問では、民事留置権の目的物である丸太④はEの所有に属するのに対し、被担保債権である丸太④の保管料債権の債務者はFであるため、このような場合に民事留置権の成立を認めることが適当かが問題となる。本問においてこの点が問題となることは、多くの答案において意識され、何らかの検討がされていた。この点も、法的に検討するべき問題点を拾い出す感覚が備わっていることを示すものであり、評価に値する。

もっとも、少し気になる点も認められた。まず、留置権の制度趣旨等を援用して、本問において留置権の成立を否定すべきであるという結論は示しているものの、留置権の成立要件のうち、いずれが否定されることによりそのような結論が導かれるかが明らかでないものが一定数見られた。制度趣旨等に遡った検討をすることは重要であるが、それを法律論として主張するためには、問題となる規範を示し、その要件の解釈及び適用を通して結論を基礎付ける必要があることを忘れてはならない。

また、留置権の成立を肯定する場合に、例えば、牽連性の要件のみを検討し、他の要件について検討しないまま、結論を導くものもみられた。ある者が主張する法律効果の発生を認めるためには、その要件の全てが充たされることが必要であり、一部の要件が充たされるだけでは法律効果の発生を認めることができない。これは、法の解釈・適用に関する基本であり、おろそかにしてはならない点である。

なお、小問(2)では、「丸太の保管料のうち丸太④の保管料に相当する金額の支払を受けるまでは、Eの請求を拒否する」というGの主張が認められるかどうかを検討することが求められている。そこで「丸太の保管料」とされているのはFがGとの間でした寄託契約に基づく保管料であることは明らかであるにもかかわらず、民法第196条に基づいてGがEに対して有する必要費償還請

求権を留置権の被担保債権として検討するものが少なからず見られた。問題文を注意深く読むことが解答における当然の前提であることを改めて強調しておきたい。

イ 答案の例

優秀に該当する例は、小問(1)に関しては、Gの主張の根拠が民法第177条に基づく対抗要件具備による所有権喪失の抗弁に求められることを指摘し、Gが主張・立証すべき事実として、Aが甲土地及び甲土地上の本件立木をFに売却する旨の契約が締結され、それに基づき甲土地についてAからFへの所有権移転登記がされたことを挙げ、これにより、Fが丸太③の所有権を確定的に取得し、Eが丸太③の所有権を失うため、Eの請求を退けることができる旨を説明するものである。また、小問(2)に関しては、Gの主張の根拠が民事留置権であることを示した上で、本問では被担保債権である保管料債権の債務者Fと目的物の所有者Gとが別人である場合にまで民事留置権を認めてよいかどうか問題となることを指摘し、民事留置権の成立要件とその意味を明らかにしながら、その成否を検討するものである。

良好に該当する答案の例は、小問(1)に関しては、優秀に該当する答案と同様に、Gの主張の根拠が対抗要件具備による所有権喪失の抗弁に求められることを指摘し、そのためにGが主張・立証すべき事実を挙げているものの、その根拠及び要件・効果に関する説明が不十分であったり、該当する事実の摘示の仕方が粗雑であったりする等、論述の一部について周到さや丁寧さを欠くものである。例えば、AからFへの所有権移転登記によってFが本件立木（後の丸太③）の所有者になることは述べているものの、Fが確定的に丸太③の所有者となり、その結果として、丸太③についてのEの所有権が失われることを十分に説明することができていないもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、優秀に該当する答案と同様に、Gの主張の根拠が民事留置権であることを確認した上で、本問では被担保債権である保管料債権の債務者Fと目的物の所有者Gとが別人である場合にまで民事留置権を認めてよいかどうか問題となることを指摘しているものの、民事留置権の成立要件に即した説明が不十分であったり、特に問題となる主要な要件についてのみ検討し、他の要件について十分な説明をしないまま民事留置権の成立を認めていたりするものである。

一応の水準に該当する答案の例としては、次の2つが挙げられる。第1の例は、検討すべき事項のほぼ全てについて言及しているものの、全体として説明が十分でないもの、又は主要な部分についてはおおむね的確に論述されているものの、説明の一部に誤りが見られるものである。小問(1)に関しては、例えば、Gが主張・立証すべき事実を的確に挙げているものの、その理由の説明が十分でないもの、Gの主張として対抗要件具備による所有権喪失の抗弁を挙げ、その意味も的確に説明しているものの、問題となる物権変動を丸太③の譲渡と誤解し、民法第178条の対抗要件の具備を指摘しているもの等がこれに当たる。小問(2)に関しては、例えば、Gの主張の根拠が民事留置権であることを示した上で、その成立要件に即した検討をしているものの、個々の成立要件の理解が一部不十分であったり、不正確であったりするものである。第2の例は、個々の問題ないし制度については的確な理解を示しているものの、検討すべき事項

の一部について考察を欠くものである。小問(1)に関しては、例えば、民法第177条が適用されることを示し、Gが主張・立証すべき事実もおおむね的確に挙げているものの、Gの主張の根拠について明確な考察をしていないもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、例えば、民事留置権の成立要件を列挙し、本問においてそれぞれの要件が満たされるか否かをひとつおりの検討しているものの、本問において被担保債権である保管料債権の債務者Fと目的物の所有者Gとが別人である場合が問題となっていることについて明確な考察をしていないもの等がこれに当たる。

不良に該当する答案の例は、検討すべき事項の中心的な部分について考察を欠くもの、又は誤りがあるものである。小問(1)に関しては、例えば、適用法条も示さないまま漠然と対抗問題について説明するにとどまるもののほか、Gの主張の根拠として対抗要件具備による所有権喪失の抗弁を挙げるにとどまり、その理由とGの主張・立証すべき事実についての考察を全く欠くものや、Gの主張の根拠として対抗要件の抗弁を挙げながら、どの物権変動が問題となり、誰が第三者に当たるかが判然としないもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、例えば、Gの主張の根拠が民事留置権であることに言及せず、もっぱら民法第533条の同時履行の抗弁の成否を問題とするもののほか、民事留置権に言及しているものの、民法第196条に基づいてGがEに対して有する必要費償還請求権を留置権の被担保債権として検討するもの等がこれに当たる。

(3) 設問3について

ア 設問3の全体的な採点実感

設問3は、未成年者であるHの不法行為を素材として、不法行為法についての基本的な知識とその理解を問うものである。本問では、一般に責任能力があるとされる年齢に達している未成年者がした不法行為について監督義務者である親の責任を検討し(小問(1))、幼児が被害者である場合にその親に不注意があった場合について過失相殺の可否を検討することが求められている(小問(2))。いずれも、確立した判例があり、不法行為法において基本的な問題として論じられている事柄である。

小問(1)で問われているのは、Hの親であるCの責任であるが、Cの責任については、Hに責任能力が認められるか否かによって、その法律構成が異なる。Hが本件角材を路上に置く行為は、客観的に不法行為に当たると考えられるが、Hに責任能力が認められない場合、Hの不法行為責任は否定される(民法第712条)。その場合には、Hの親権者であり、法定監督義務者となるCについて、民法第714条に基づく責任が認められる可能性がある。他方で、民法第714条は、直接の加害者に責任能力が認められない場合の補充的責任を定めたものであり、Hに責任能力が認められる場合には、適用されない。民法には明確な年齢基準が定められていないものの、従来判例では、12歳前後がその基準とされていることから、既に満15歳に達し中学3年生であるHについては、特段の事情がない限り、責任能力が肯定されると考えられる。したがって、これを前提とする限り、Cについて、民法第714条に基づく責任を追及することはできない。本問では、まず、以上の理解を踏まえて、民法第714

条に基づくCの責任が認められるか否かについて、的確に検討することが求められる。

しかし、判例は、未成年者の責任能力が肯定される場合であっても、監督義務者に監督義務違反としての故意又は過失が認められ、それと損害との間に相当因果関係があれば、監督義務者自身の不法行為として、民法第709条の不法行為責任が成立することを認めている。これによると、Cについて監督義務違反が認められるか否か、認められるとした場合、その監督義務違反とLの権利侵害との間に相当因果関係が認められるか否かについて、本問に示された事実関係に即して、的確に検討することが求められる。

上述のとおり、責任能力を有する未成年者の不法行為に関する監督義務者の責任は、いずれの教科書等においても解説される基本的な問題であり、多くの答案においては、以上のような基本的な枠組みを踏まえた論述がされていた。もっとも、少し気になる点も認められた。

まず、責任能力についての説明が正確でない答案が、かなりの数存在した。すなわち、責任能力とは民法第712条の「自己の行為の責任を弁識するに足りる知能」であるが、「責任を弁識する能力」あるいは「責任能力」という用語を用いずに、Hには「事理弁識能力」があるといった説明をする答案のほか、「責任能力とは事理弁識能力である」と説明する答案がかなり存在していた。責任能力が具体的にどのような弁識能力であり、どの程度の知能を前提とするものであるかという点について議論の余地があるとしても、少なくとも判例では、責任能力と事理弁識能力は区別されている。最判昭和39年6月24日(民集18巻5号854頁)は、過失相殺において被害者の過失を考慮するためには責任能力が必要であるとされていたそれまでの立場を変更して、被害者には事理弁識能力があれば足りるとしている。このような判例の立場からすると、責任能力と事理弁識能力は同一のものではあり得ないことになる。

また、HについてCに監督義務が認められるか否かに関しては、未成年者である子は親権に服し、親権者は子の身上監護について義務を負うことが重要な意味を有する。この点については、民法第820条等、手がかかりとなる規定を示しつつ、的確に検討する答案もある一方で、漠然と親の責任を論ずる答案も少なくなかった。さらに、Cの監督義務違反に基づく不法行為責任という理解が明確に示されておらず、漠然と民法第709条の要件を順次論ずるにとどまる答案も散見された。責任能力を有する未成年者の不法行為についての監督義務者の責任に関する判例に照らせば、小問(1)では、どの点にCの監督義務違反があるか、また、そうした監督義務違反とLに生じた損害との間に相当因果関係があるか否かが特に重要な問題点となるが、前提となる判例を十分に理解して論じているか否かが、このような差異をもたらす原因であったとも考えられる。もっとも、このように判例に依拠して検討することが唯一の解答ではなく、適切な理由付けによってこれと異なる論じ方をすることも排除されていない。しかし、そうした適切な理由付けによって論じたものは、少数にとどまった。

小問(2)においては、賠償額に関するCの反論について問われており、過失相殺について検討することが期待されている。もっとも、【事実】16及び17によると、既に付近がかなり暗くなっていたにもかかわらず、Kが前照灯の故障し

た自転車を、携帯電話を使用していたため、片手で運転していたことから、Kについての過失と評価されるような事情は認められるが、Lについては、過失と評価されるような事情は示されていない。また、3歳のLについては、過失相殺の前提として必要とされる事理弁識能力が認められないとも考えられる。もちろん、過失相殺の前提として被害者に一定の能力を要求するべきか、あるいは事理弁識能力とは何であるかといった点について、学説上は議論がある。しかし、いずれにしても、本問の損害賠償請求はLによるものであるため、L自身に過失がないにもかかわらず、上記のKの過失が、Lの損害賠償請求において過失相殺の対象として考慮されるかどうかの問題となる。この点について、判例は、被害者自身の過失でなくても、被害者と身分上・生活関係上の一体性が認められる者に過失があった場合については、その者の過失を過失相殺の対象として考慮することを認めている。判例に即して論じる場合には、以上の点を適切に示し、本問に示された事実関係に即して、その要件が満たされているか否かを的確に論じることが求められる。

もっとも、判例による被害者側の過失法理に依拠して検討することが唯一の解答ではない。特に、被害者側の過失法理については、その妥当性を疑問視する見解も有力である。判例と異なる構成を採る場合であっても、適切な理由付けが行われ、その要件等が的確に検討されていれば、それに相応した評価がされることになる。

この小問(2)も基本的な問題であり、時間切れのために十分に解答し切れなかったことがうかがわれる答案を除けば、おおむね求められる内容が書かれている答案が多かった。もっとも、少し気になる点も認められた。

まず、判例の判断枠組みに従っていると思われるものの、「被害者側の過失」、被害者との「身分上・生活関係上の一体性」ないし「身分上・経済上の一体性」等の鍵となる基本的な概念について言及がない答案や、それらに関して不正確な説明がされている答案が一定数見られた。しかし、その一方で、それらの諸概念を適切に説明した上で、被害者側の過失法理の趣旨が求償の連鎖を避けるところにあること等を指摘し、そうした趣旨を踏まえた検討をしている答案も少なからず見られた。

また、過失相殺を検討する際に、民法第722条第2項とともに、あるいは同項に言及せずに、民法第418条を挙げている答案が散見された。小問2において、被害者であるLと請求の相手方であるCとの間で債務不履行を問題とする余地はない。したがって、本問において民法第418条を挙げることは誤りであると同時に、民法の体系に関する基本的な理解を疑わせるものといわざるを得ない。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、小問(1)に関しては、責任能力に関する従来判例を踏まえてHに責任能力が認められるか否かを検討し、それが肯定されることを前提として、補充的責任である民法第714条の適用がないことを確認した上で、監督義務違反を理由として民法第709条に基づくCの責任が認められる可能性を示し、Cに監督義務が認められる根拠を挙げ、さらにCの監督義務違反とLの権利侵害との間に相当因果関係が認められることを本問の事実関

係に即して検討するものである。また、小問(2)に関しては、L自身に過失相殺の前提となる過失がないことを本問の事故の態様やLの事理弁識能力の有無に即して示した上で、被害者側の過失法理が認められる根拠とその判断基準（被害者との身分上・生活関係上の一体性等）を的確に示し、Kの過失がL側の過失として考慮されること、及びKが前照灯の故障した自転車を、携帯電話を使用していたため、片手で運転していたという本問の事実関係に即して、Kに過失が認められることを的確に判断しているものである。

良好に該当する答案の例は、小問(1)に関しては、優秀に該当する答案と同様に、基本的な法律関係として、Hの責任能力の有無を確認し、それが肯定されることを前提として、補充的責任である民法第714条の適用がないことを確認した上で、監督義務違反を理由とする民法第709条に基づくCの責任を検討しているものの、要件や根拠に関する説明が不十分であったり、該当する事実の摘示の仕方が粗雑であったりする等、論述の一部について周到さや丁寧さを欠くものである。また、小問(2)に関しては、優秀に該当する答案と検討している事項はほぼ同じであるものの、要件・効果に関する説明が不十分であったり、該当する事実の摘示の仕方が粗雑であったりする等、論述の一部について周到さや丁寧さを欠くものである。例えば、被害者側の過失法理について言及し、その判断基準も的確に示しているものの、その根拠について説明を欠いているものや、KとLの関係について具体的な説明をしないまま、身分上・生活関係上の一体性等に相当するものが認められることを当然の前提として論述するもの等がこれに当たる。

一応の水準に該当する答案の例としては、次の2つが挙げられる。第1の例は、検討すべき事項のほぼ全てについて言及しているものの、全体として説明が十分でないものである。小問(1)に関しては、例えば、責任能力に言及しているものの、その意味の説明がされていなかったり、説明が必ずしも正確でなかったりするもの、民法709条に基づく責任に言及しているものの、民法第714条との関係についての説明されていなかったり、説明が必ずしも正確でなかったりするものがこれに当たる。小問(2)に関しては、例えば、被害者側の過失法理について言及しているものの、判断基準の説明が不完全ないし不十分であるものや、本問のどのような事実がKの過失を基礎付けるかについて必ずしも明確な説明をしていないもの等がこれに当たる。第2の例は、個々の問題ないし制度については的確な理解を示しているものの、検討すべき事項の一部について考察を欠くものである。例えば、小問(1)に関しては、Cの監督義務違反とLの権利侵害との間の相当因果関係の有無について考察を欠くもの、小問(2)に関しては、被害者側の過失という言葉を用い、Kの過失がL側の過失として考慮されることを述べているものの、被害者側の過失として判断される基準について論及していないもの等がこれに当たる。

不良に該当する答案の例は、制度の基本的な理解が不十分又は誤っていると考えられるものである。小問(1)に関しては、特に説明もなく責任能力と事理弁識能力を同視するものや、民法第714条が未成年者に責任能力が認められない場合の補充的責任であることが十分に理解できていないもの等がこれに当たる。また、小問(2)に関しては、被害者側の過失法理に言及しないまま、単に、

Kの過失を指摘し、過失相殺が可能であるとするもの等がこれに当たる。

(4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

民法全般について体系的で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している答案や、請求原因、抗弁等の要件事実を平板に指摘するにとどまり、肝心の実体法の解釈や事案への当てはめが不十分な答案が見られたのは、昨年までと同様である。

本年もまた、答案の前半部分の解答に力を注ぎすぎ、後半の解答内容が散漫なものになるなど、答案としてのバランスを欠くものが相当数見られた。また、時間不足のためかもしれないが、乱暴に書きなぐったり、判読困難な字を記載したりするなど、読み手のことを十分考えていない答案が一定数見られたことも昨年までと同様である。次年度以降、改善を望みたい。

4 法科大学院における学習において望まれる事項

昨年も指摘したように、法律家になるためには、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。単純なケースであれば、行うべき法律構成と適用されるべき法規範を見つけ出すことは、比較的簡単かもしれない。しかし、少し複雑なケースになると、そうした法律構成を適切に行い、適用されるべき法規範を見つけ出すことは容易ではない。特に様々な制度や法規範が関係してくる場合は、それらの相互関係が適切に理解されていないと、それらのいずれをどのように組み合わせて法的主張を行えばよいかかわからず、取り上げるべきポイントを見落とししたり、的外れな主張を行ったりすることになりやすい。本問においても、そのような理解の不十分さに由来すると考えられる誤りが相当数の答案で見受けられた。

民法に関する制度や法規範の相互関係を理解する上で、少なくともケースに即して法的主張を行うという観点から重要なのは、それらの制度や法規範によって認められる法律効果が何かということである。ケースに即して行われる法的主張とは、まさにそうした法律効果をそのケースにおいて主張することを意味するからである。もちろん、ある法規範に基づいてそうした法律効果を主張するためには、その前提として別の法規範により一定の法律効果が基礎付けられていることが必要になる場合が少なくない。例えば、所有権の侵害を理由として物権的請求権という法律効果を主張するためには、その前提として加工に関する法規範等によりその所有権を取得しているという法律効果が基礎付けられなければならない。また、物権的請求権が認められないという法律効果を主張するためには、例えば、不動産の付合に関する法規範により付合物の所有者がその所有権を喪失しているという法律効果が基礎付けられればよい。このように、法律効果を起点として制度や法規範の相互関係を理解することが、法律構成を適切に行い、適用されるべき法規範を見つけ出す

ための前提として必要になるということが出来る。

法科大学院において、ケースに即して法律問題を検討するという教育手法が採用されているのは、言うまでもなく、実践的な法的思考を行う能力を養うためである。しかし、そのためには、そうした実践的な法的思考を行うために必要となる法の体系的理解を習得させることがその前提として不可欠である。法科大学院においては、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、その本来の教育目標が法の体系的理解とそれに基づく実践的な法的思考を行う能力の習得にあることを今一度確認し、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、受験者においても、以上のような法の体系的理解とそれに基づく実践的な法的思考を行う能力を身につけることこそが求められているのであり、司法試験においてもそのことに変わりはないことを自覚して、学習に努めていただきたい。

平成27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 出題の趣旨等

既に公表されている「平成27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り、従来と同様である。

その際、論点について過不足なく記述があり、多少の不足があっても、記載順序が論理的である答案や、法律要件と法律効果とが整理されている答案は、高く評価した。また、制度趣旨を示しつつ、条文解釈を行い、問題文中にある積極方向・消極方向の様々な事情を摘示しながら適切に当てはめを行う答案も、高く評価した。これらも、従来と同様である。

(2) 設問1について

ア 全体的な採点実感

設問1は、取締役の競業に関する行為等の競業取引規制違反又は忠実義務違反の成否と、その違反が成立する場合における取締役の損害賠償責任について、問うものである。

まず、甲社の取締役Bが、関西地方において同種の事業を営む乙社の事業に関連して行った競業行為に関し、競業取引規制（会社法第356条第1項第1号、第365条第1項）が適用されるか否かについて、論ずることが求められる。この点については、ほとんどの答案が競業取引規制違反について論じていたが、中には、同法第356条第1項第3号の利益相反取引について論ずる答案や、取締役の善管注意義務違反についてのみ論ずる答案もあり、全般的には、本問の事実関係の下で、以下の諸点について丁寧に論じた答案は多くは見られなかった。

すなわち、会社法第356条第1項第1号所定の「取締役が自己又は第三者のために・・・取引をしようとするとき」については、その「取引」が個々の取引行為をいうものとされるところ、Bのどの行為が問題となるかを論じていない答案が、相当程度見られた。

そして、上記の要件のうち、多くの答案が「自己又は第三者のために」の要件にのみ着目し、乙社の名義で行われた洋菓子の販売等について「Bが取引をしたといえるか」との視点を欠いていたのは残念であった。Bは、乙社の代表取締役ではなく、その事実上の主宰者性をうかがわせる諸事情（持株割合、事業への関与、顧問料の受領、工場長の引き抜きや商標取得への関与等）を摘示して論ずべきであるが、この点を意識的に述べた答案はあまり見られず、Bが乙社の顧問に就任したことだけを挙げるなど、事実摘示の不十分な答案が少なくなかった。

また、上記の要件のうち、「自己又は第三者のために」の要件の当てはめに

については、理由を述べないでBの行為は自己のためにした行為であるとか、Bが乙社の発行済株式の90%を保有していることのみを理由としてBの行為は自己のためにした行為であると述べた答案が多く見られた。なお、下級審裁判例によれば、事実上の主宰者性が肯定される事情があるときは、取締役の行為は第三者のためにされたものとされているが、このことを意識した答案はほとんど見られなかった。さらに、「自己又は第三者のために」の要件を満たすだけでなく述べて、「自己のために」なのか「第三者のために」なのかを明らかにしない不十分な答案も、一定程度見られた。

甲社と乙社の市場は、設問1の時点では、地理的に競合しているとはいえないが、甲社が関西地方への進出を具体的に企図しているため、Bによる乙社の取引が甲社の「事業の部類に属する取引」（会社法第356条第1項第1号）に該当するかどうかについて、論ずる必要がある。この点については、多くの答案が何らかの形で触れていたが、「事業の部類に属する取引」の意義に関する条文解釈をしないまま幾つかの事実から結論を導く答案や、具体的な事実摘示の不十分な答案もあった。

取締役会設置会社において取締役が競業取引をしようとする場合には、取締役会において当該取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けることを要する（会社法第356条第1項、第365条第1項）。この点については、多くの答案が、重要な事実を開示することの趣旨を踏まえ、BとA及びCとのやり取りに即して、手続的要件が満たされていないと論ずることができていた。しかし、取締役会ではなく、株主総会の決議を要とするなど、最も基本的な事項を間違えている答案も若干見られた。

次に、競業取引について取締役会の承認がないため競業取引規制違反が成立する場合には、その取引によって取締役又は第三者が得た利益の額が、甲社の損害の額と推定される（会社法第423条第2項）。本件では、このように推定される損害の額（以下「推定損害額」という。）は幾らなのか、すなわち、第三者である乙社が得た利益の額とすべきか、又は取締役Bが得た利益の額とすべきかについて、「自己又は第三者のために」という要件の当てはめとの論理的な整合性を意識しつつ、論ずることが求められる。具体的な推定損害額としては、乙社が得た利益として営業利益の増額分800万円を、Bが得た利益として上記800万円にBの持株比率である90%を乗じた額（720万円）ないし顧問料（月100万円）を挙げることなどが考えられる。この点については、多くの答案が推定損害額について論じていたが、本件を「自己のために」の事例であるとの見解に立ちながら、乙社が得た利益を推定損害額とした答案や、逆に、本件を「第三者のために」の事例であるとの見解に立ちながら、Bが得た顧問料を推定損害額とした答案、更には、いずれかの見解に立ちながら、理由を述べないで、Bの利益と乙社の利益の両方が推定損害額であるとする答案も少なくなかった。この点につき論理的な整合性を意識して丁寧に論じた答案は、ほとんど見られなかったが、高く評価した。

さらに、本件では、Bの競業行為の結果、推定損害額とは別に、現に甲社に損害が生じているとして、会社法第423条第1項に基づく損害賠償請求が可能かどうかについても、検討する必要がある。具体的には、甲社がマーケティ

ング調査会社に支払った500万円の委託料について、Bの任務懈怠との間に相当因果関係があるかどうかなどを論ずることとなるが、この点について論じた答案は多くはなく、特に、Bの競業行為がなくても上記委託料が支出されていたことに触れながら、相当因果関係の有無につき説得的に論じた答案は、高く評価した。

なお、Bについて競業取引規制違反が成立しないとの結論を採った場合には、甲社に生じた損害について、別途、会社法第423条第1項に基づく損害賠償請求の可否を論ずべきところ、この立場に立つ答案も若干見られ、事実摘示及び理由付けが適切であれば、同等に評価した。しかし、競業取引について取締役会の承認があるものと評価した上で、その場合には、取締役は一切の責任を免れるものと誤解している答案も散見された。

最後に、Bによる工場長Eの引き抜きについて、多くの答案は、競業取引に当たらないと明示し、又はそれを前提として、忠実義務又は善管注意義務違反を理由とする会社法第423条第1項に基づく損害賠償請求の可否を検討し、必要な事実を摘示した上でBに任務懈怠があると認め、相当因果関係のある損害の額についても正しく論じていた。とりわけ、従業員の引き抜きに当たり、どのような場合に取締役に忠実義務又は善管注意義務違反が成立するのかにつき、規範を定立した上で、当てはめを行っている答案は、好印象であった。しかし、Eの引き抜きを競業取引と評価する答案や間接取引と評価する答案も、少数ながら一定程度見られた。これらの答案は、引き抜きについてもBの責任を認めたいという実質的判断に引きずられ、何が「取引」に該当するのか等の各要件への当てはめの吟味が十分にされていないものである。

総じて、損害論についての具体的な検討が不十分であるように思われる。本件では、問題文を踏まえれば、①乙社が得た利益（800万円）、②Bが得た顧問料（月100万円）、③甲社の支払った調査委託費用（500万円）、④引き抜きによる休業損害（300万円）について、それぞれ検討することが相当であるが、多くの答案は、①と②についてはいずれかのみを論じ、③については触れていないものが多かった（④については多くの答案が論じていた。）。また、具体的な損害額を論じていない答案も、少なからず見られた。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、上記の論点が相当程度に網羅され、記載順序が論理的であり、事案に即して競業取引規制違反又は忠実義務違反の成否を論じた上で、損害論を具体的に述べている答案などである。特に、Bが乙社の代表取締役ではないことや、「自己又は第三者のために」という要件の当てはめと推定損害額との論理的な整合性について留意した答案は、高く評価した。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と同様の論点に触れつつも、事実上の主宰者性を十分に論じなかったり、「自己又は第三者のために」という要件の当てはめがやや不十分であったり、一部の損害項目を見落とししたりしている答案などである。

一応の水準に該当する答案の例は、「取締役が自己又は第三者のために・・・取引をしようとするとき」や「株式会社の事業の部類に属する取引」という要件について、一応の規範を定立して論じてはいるが、「自己又は第三者のため

に」という要件の当てはめや、推定損害額との論理的な整合性への配慮を欠き、理由を述べないで、Bが得た利益と乙社が得た利益の両方が推定損害額であるとする答案などである。

不良に該当する答案の例は、競業取引と利益相反取引との区別を理解していない答案、「自己又は第三者のために」という要件に触れないなど、どのような事実が条文のどの要件に該当するのかを示していない答案、Bによる競業行為と工場長の引き抜きとを何ら区別せず、一連の行為について漠然と責任原因のみを記述して、損害論に具体的に触れていない答案、競業取引について取締役会の承認があるものと評価しながら、会社法第423条第2項の推定規定を適用する答案などである。

(3) 設問2について

ア 全体的な採点実感

設問2は、会社の重要な事業の一部を二つの資産売買に分けて売却した取引に関する会社法上の規律と、そのような取引の効力について、問うものである。

まず、この取引に関し、全体として事業譲渡と評価すべきか、また、株主総会の特別決議が必要となる「事業の重要な一部の譲渡」（会社法第467条第1項第2号）に該当するかについて、事案に即して論ずることが求められる。

この点について、問題意識を持ち、具体的な事実から結論を導いた答案は高く評価した。例えば、形式的な売買契約の個数や、それぞれにつき甲社の取締役会の決議があったことを指摘した上で、これらの時間的近接性、甲社の洋菓子事業部門の従業員の全員が引き続き丙社に雇用されたこと、甲社の取引先の全部が実質的に丙社に引き継がれたこと等を述べた答案がこれに当たる。加えて、洋菓子事業部門の売却に向けた甲社と丙社の交渉の経緯や、両当事者の合理的意思、株主であるS社が同部門の売却に反対する可能性が高いため、甲社の代表取締役Aが株主総会の特別決議を潜脱する意図で本件の取引を行ったと推測されること等の事情に触れた答案も見られたが、僅かであった。上記のうち、形式的な売買契約の個数や取締役会決議の個数に関する意識が希薄なまま、具体的な事実を丁寧に指摘せずに、漫然と実質的に一つの取引と見て、事業譲渡の該当性を論ずる答案も多かった。

他方、これとは逆に、そのような問題意識を全く持たないで、二つの資産売買を当然に別々のものとして、それぞれにつき事業譲渡の該当性を論じた答案が非常に多く見られた。これらの中には、第1取引は事業譲渡に該当して無効であるが、第2取引は事業譲渡に該当せず有効であると述べた答案も少なくなく、二つの資産売買につき有効・無効が分かれるという結論が本件事実関係における解決として現実的に妥当なものといえるのかという視点は見られなかった。なお、このように第1取引と第2取引の効力の有効性が分かれる旨の論述をした後に、当該結論の現実的な解決としての不当性を意識して、両取引を一体として捉えるべきと論じた答案も僅かに見られ、迂遠ではあるが、一定の評価をした。

会社法第467条（旧商法第245条）により株主総会の特別決議による承認を必要とする事業譲渡の意義については、著名な判例があり、譲渡会社による競業避止義務の負担等を不可欠の要素と解すべきかについては、判例・学説

上争いがある。特に本件では、当事者間の特約により競業避止義務が排除されていることに留意すべきであるところ、この点については、ほとんどの答案が、事業譲渡の定義を示した上、本件の取引につき当てはめを行っていた。ただし、二つの資産売買を当然に別々のものと見て事業譲渡の該当性を論じた答案には、土地建物のみで、又は商標権のみで、これを有機的一体として機能する財産であると論ずるものが多く見られた。判例・学説のいずれの立場に立った答案も同等に評価したが、自説の理由付けの巧拙には差が見られ、中には、何ら理由付けをしない答案も見られた。平成18年新司法試験においても同種の論点があり、その出題の趣旨には、事業譲渡に株主総会決議が要求される趣旨に照らし丁寧に検討することが期待されると記載されているのであり、制度趣旨に即した検討及び論述ができていない答案は、低く評価した。

多くの答案では、事業譲渡の該当性の問題と、事業の「重要な」一部の譲渡に該当するかの問題とを意識して論じていたが、後者の問題の検討を欠く答案も一部にあった。会社法第467条第1項第2号の規定振りや、設問において貸借対照表等の資料が示されていることを踏まえると、この点の論述が不足しているのは、基本的な知識が不十分であるとの評価を免れない。

そして、事業の「重要な」一部の譲渡に該当するかを検討においては、重要性の判断基準を示した上で、質的・量的な側面から問題文の事実を具体的に当てはめ、また、会社法第467条第1項第2号括弧書きにより株主総会の特別決議を要しないこととなるかについても、論ずる必要がある。この点については、同号括弧書きの該当性に言及した答案は比較的多かったが、これを論じただけで事業の重要な一部の譲渡であると結論付ける答案が多く、質的・量的な側面からの重要性に関する検討が欠けていた。少数ではあるが、重要性に関する検討をした上で、同号括弧書きの該当性の検討をした答案もあり、高く評価した。貸借対照表等の資料に関しては、甲社の総資産額につき5億円や70億円とする誤りも散見されたが、同号括弧書きの検討に必要となる額を的確に指摘した答案は、好印象であった。

次に、本件では、会社法上の必要な手続を欠く場合の事業譲渡の効力について論ずる必要があるところ、判例は、事業譲渡契約は、株主総会の特別決議によって承認する手続を経なければ無効である旨判示しており、甲社の株主であるS社の保護、譲受人である丙社の保護等の観点を考慮しつつ、説得的な論述をすることが求められる。この点については、これらの利害関係人の保護の在り方を具体的に考慮せず、単に、株主総会決議を経ない事業譲渡は絶対的に無効であるという結論だけを述べる答案が多かった。また、株主総会決議は会社経営の重要な決定であるから、これを欠く事業譲渡は無効であるなどと、理由付けが不十分なものも多く見られた。その一方で、善意無過失の譲受人の保護という観点から、丙社における認識や、甲社の株主総会決議の有無について丙社が調査すべきかどうかを論じた答案も少数ながら見られ、このような具体的な検討は高く評価した。判例に言及した答案は、ほとんど見られなかった。

仮に、本件について事業譲渡に該当しないとした場合には、本件の取引が「重要な財産の処分」（会社法第362条第4項第1号）に該当して取締役会決議

を要するものかにつき、財産の価額、総資産に占める割合、財産の保有目的、処分行為の態様等の事情を総合して、事案に即して検討することとなる。本件について事業譲渡に該当しないとした答案のほとんどは、上記の点を適切に論じていたが、中には、「重要な財産の処分」についても株主総会の特別決議が必要であるとしたり、法人であるS社が取締役であるとの誤解の下で、S社に対する取締役会の招集通知を欠き、取締役会決議に瑕疵があるとするなど、基本的な理解を欠く答案もあった。

なお、設問2は、取引の効力に関する会社法上の問題点を問うものであるのに、単に株主総会決議を欠く瑕疵があると述べるだけで、取引が有効か無効かの結論を示さない答案も、少数ながら存在した。甲社が時価3億円の洋菓子事業部門を2億5000万円で売却したことに関し、株主であるS社が株主代表訴訟を提起して代表取締役Aの責任を追及し得るかという、設問に関係のない事項を述べる答案もあった。さらに、本件を実質的には吸収分割の事例と見て、分割無効の訴えを論ずる答案も見られた。これらの評価は、いずれも低いものとなった。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、第1取引と第2取引とを一体のものと考えられないかについて言及した上、事業譲渡の定義に関し、判例の要件に意を払いつつ、自説をその根拠とともに述べ、問題文の事実から丁寧な当てはめを行い、事業譲渡に該当するとする立場にあっては、その重要性の要件につき、判例の立場である質的・量的な側面から検討し、量的な側面においては、会社法第467条第1項第2号括弧書きの該当性につき資料を踏まえて具体的に指摘し、更に、株主総会決議を欠く場合の事業譲渡の効力について、甲社の株主及び譲受人である丙社の利益衡量を念頭に、自説を説得的に論ずる答案などである。

良好に該当する答案の例は、優秀に該当する答案と同様の論点に触れつつも、自説の根拠の論述がやや不十分であったり、事業譲渡又は事業の「重要な」一部の譲渡への該当性について、事実の当てはめがやや不十分な答案などである。

一応の水準に該当する答案の例は、第1取引と第2取引との関係についての問題意識が低いながらも、事業譲渡の要件についての規範の定立や事実の当てはめが一応できており、本件の取引の効力に関する一定の結論が導かれている答案などである。

不良に該当する答案の例は、第1取引と第2取引との関係についての問題意識がなく、漫然とそれぞれにつき事業譲渡の該当性を論じ、事業譲渡の要件についての規範の定立や事実の当てはめについても不十分な点が多い答案、本件の取引が有効か無効かの結論を示さない答案、設問に関係のない事項を述べる答案などである。

(4) 設問3について

ア 全体的な採点実感

設問3は、会社法上の公開会社でない会社（以下「非公開会社」という。）における新株予約権の発行に関する規律を念頭に置きつつ、株主総会の決議により新株予約権の行使条件（上場条件）の決定を取締役に委任することの可否と、仮に、このような委任ができるとした場合に、当該行使条件を取締役会

の決議により廃止することの可否を論じた上で、瑕疵のある手続により発行された新株予約権の行使により発行された株式の効力、又は行使条件に反した新株予約権の行使により発行された株式の効力について、問うものである。

まず、非公開会社においては、会社法第238条第1項第1号所定の「募集新株予約権の内容」の決定は、株主総会の特別決議を要し、取締役会に委任することができず（同条第2項）、新株予約権の行使条件が「募集新株予約権の内容」に含まれるかどうかの問題となるところ、そもそも、上場条件の決定を取締役に委任することの可否について論じていない答案が多く見られた。そして、この点に触れる答案においても、会社法第238条に言及するものはほとんど見られなかったが、新株予約権の内容の決定につき株主総会の特別決議が必要とされる趣旨に言及しながら、一定の結論を導く答案は、好印象であった。これに対し、「ストック・オプションとしてインセンティブを与えることができ、会社全体の利益になるので、取締役会に委任し得る」などと、単に価値観ないし利益衡量のみを理由とする答案も見られた。なお、本件では、経営コンサルタントGに新株予約権が発行されているにもかかわらず、取締役の報酬規制の問題（会社法第361条）として論じた答案が少なからずあり、低く評価した。また、本件を有利発行規制の問題として論じた答案もあったが、取締役会への委任の可否について言及していないものは、適切な解答とは評価しなかった。

次に、仮に、上場条件の決定を取締役に委任し得るとした場合でも、取締役会において当該上場条件の廃止を決議し得るかについては、株主総会による委任の趣旨を検討しつつ、論ずる必要がある。この点については、多くの答案が検討していたが、旧商法の下における平成24年の判例において、明示の委任がない限り、事後的に行使条件を変更する取締役会決議は、当該行使条件の細目的な変更にとどまるものであるときを除き無効とされていることを意識した答案は少なく、安易に、取締役会が上場条件の廃止を決議し得るとする答案が相当程度見られた。また、逆に、何ら理由を示さずに、一旦定められた新株予約権の行使条件を取締役会で事後的に変更することはできないとする答案もあった。取締役会への一定の委任を認めた場合に、株主総会での説明内容や上場条件廃止の意義などに具体的に触れながら、委任の範囲内かどうかについて適切に論じている答案は、高く評価した。なお、上場条件の決定を取締役に委任することの可否の問題と、上場条件を取締役会の決議により廃止することの可否の問題とを整理して論ずることができず、途中まで前者の問題を論じながら、結論は後者に関するものとなっている答案も見られ、このような答案の印象は悪かった。

そして、新株予約権の発行手続に瑕疵があるとの考え方による場合には、発行手続の法令違反が新株予約権の発行の無効原因となり、その新株予約権の行使により発行された株式が無効となるかについて、検討する必要がある。他方、新株予約権の発行は適法であるが、上場条件の廃止が無効であるとの考え方による場合には、甲社において上場条件は新株予約権の重要な内容を構成しており、既存株主の持株比率が影響を受けるため、これに反した新株予約権の行使により発行された株式が無効となるかについて、検討する必要がある。

全体的には、後者の考え方による答案が多く、中には、上場条件は新株予約権の重要な内容であり、取締役会限りでの上場条件の廃止は株主総会決議を欠く新株発行に等しいと評価され、非公開会社における株主総会決議を欠く新株発行には無効原因があるという流れで、適切に理由を付して論述する答案も、少数ながら見られた。また、上場条件の廃止が無効であり、行使条件が満たされないまま新株が発行されたことの問題を直接的に論ずる答案もあった。特に、非公開会社では、既存株主の持株比率が重要であり、株主の利益を保護する必要性が高いことや、行使条件に反して新株予約権が行使される場合には、株主はこれを知り得ず、新株予約権の行使による新株発行の差止めが困難であること等を丁寧に論ずる答案は、高く評価した。もっとも、多くの答案は、上場条件が細目的事項でないことや、甲社が非公開会社であることの指摘が不十分であり、また、非公開会社における株主総会決議を欠く新株発行に無効原因があることの理由として、非公開会社の株式の流通性が低いことのみを挙げるなど、理由付けが不十分なものであった。さらに、新株発行の無効の訴えの無効原因に言及しないで、単に、上場条件を廃止する取締役会決議が無効であり、手続に瑕疵があるから株式は無効であるとだけ述べる答案、株式が有効か無効かの結論を示さない答案、新株予約権の効力のみを論ずる答案も一定程度見られ、低く評価した。

イ 答案の例

優秀に該当する答案の例は、上記の論点が相当程度に網羅され、非公開会社における新株予約権の内容の決定につき株主総会の特別決議が必要とされる趣旨を踏まえつつ、上場条件の決定及びその後の廃止を取締役会が行い得るかを論理的に論じた上、新株予約権の行使により発行された株式の効力につき、適切な理由付けをして結論を導いている答案などである。

良好に該当する答案の例は、上場条件の決定を取締役会に委任することの可否について論ずることを見落としたとしても、その他の論点につき優秀に該当する答案とほぼ同じ程度に論じている答案や、新株予約権の行使により発行された株式の効力に関する論述の理由付けがやや不十分な答案などである。

一応の水準に該当する答案の例は、取締役会において上場条件の廃止を決議し得るかや、新株予約権の行使により発行された株式の効力について、ある程度の記述はされているが、平成24年の判例を意識しないまま、理由付けが不足している答案などである。

不良に該当する答案の例は、上記の論点の多くにつき記述が不十分で、新株予約権の内容の決定につき株主総会の特別決議が必要とされる基本的な趣旨の理解が足りない答案、株式が有効か無効かの結論を示さない答案、本件を取締役の報酬規制の問題として論じた答案などである。

3 法科大学院教育に求められるもの

取締役の競業取引に関する規律、事業譲渡の意義及び事業の重要な一部の譲渡に関する規律、新株予約権の発行及び行使に関する規律は、会社法の基本的な規律であると考えられるが、これらの基本的な理解に不十分な面が見られる。また、問題文における事実関係から会社法上の論点を的確に抽出する点、判例・学説の複数の

考え方の中から一定の規範を定立するに当たり、その理由付けを適切に論ずる点、具体的な事実をその規範に当てはめて一定の結論を導く点においても、不十分さが見られる。

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27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27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。

民事訴訟法科目では、例年と同様、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、このことは本年も同様である。

2 採点方針

答案の採点に当たっては、基本的に、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。本年においても、各問題文中の登場人物の発言等において、論述上検討すべき事項や解答すべき事項が一定程度、提示されている。そうであるにもかかわらず、題意を十分に理解せず、上記問題文中の検討すべき事項を単に書き写すにとどまっている答案、理由を述べることなく結論のみ記載している答案などが多数見受けられたところ、そのような答案については基本的に加点を行わないものとした。上記②に関連することではあるが、解答に当たっては、まずは問題文において示されている解答すべき事項等を適切に吟味し、含まれる論点を順序立てた上で、その検討結果を自らの言葉で表現しようとする姿勢が極めて大切である。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い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

本年の問題においても、具体的な事例を提示した上で、上記のとおり、登場人物の発言等において、関係する最高裁判所の判決を紹介し、論述上検討すべき事項等を提示して、受験者の民事訴訟法についての基本的な知識を問うとともに、論理的な思考力や表現力等を試している。全体として、全く何も記載することができていない答案は少なかったが、上記問題文に示された最高裁判所の判決の内容や検討すべき事項等について、その吟味が不十分である答案、自ら考えた結論に向けての論述のためにその活用ができていない答案が数多く見られた。本問のような問題においては、典型的な論証パターンを書き連ねたり、丸暗記した判例の内容を答案に記載するだけでは、題意に応える十分な解答にはならないものであり、問題文をよく読み、必要な論述を構成した上で、自らの言葉で答案を書くべきである。

(2) 設問1について

本問では、検討すべき最高裁判所の二つの判決が示された上で、XがYに対して提起した損害賠償請求事件（本訴）でYがXに対して反訴を提起した場合において、反訴で訴求されている債権を自働債権とする相殺の抗弁を本訴において提

出することの適法性という課題について検討することを求め、Yの訴訟代理人弁護士L1の発言を通じて、その検討の際に言及すべき幾つかの視点が示されている。

まず、上記反訴が予備的反訴とされる場合、既判力の矛盾抵触が生じないとする理由についての論述が求められているところ、相当数の答案において、本訴で相殺の抗弁が審理されると反訴の訴訟係属が消滅し反訴につき本案判決がされないで、既判力の矛盾抵触は生じないと論じられていた。しかし、この答案内容は、予備的反訴とは反訴の訴訟係属に解除条件が付されたものであることからして、当然の結論を述べているもの、いうなれば、問をもって問に答えようとしているものに等しく、評価をすることができない。特に、問題文におけるL1の発言（問題文3頁10行目）において「平成3年判決は、弁論が併合されている場合にも当てはまるのですね。」との示唆があり、これを踏まえれば、本訴と反訴とが併合審理され、同一の裁判官が同一の証拠に基づいて審理をしている場合であっても、反対債権の存否についての判断が矛盾するおそれがなお懸念されるのは、どのような事態を想定してのことなのか、という問いかけが含まれていることが理解できるはずである。

とはいえ、上記L1の発言等を踏まえて、弁論の分離の可能性に気付いてこれに言及する答案は、一定程度あった。ただ、このような答案のうちでも、予備的反訴とされると弁論の分離ができないとされる理由について適切に言及できているものは、必ずしも多くはなかった。また、弁論の分離の可能性に言及する答案であっても、予備的反訴の取扱いにおける「解除条件」の説明が不十分な答案が少なくなかった。予備的反訴は、一括りに複雑訴訟形態とされ、教科書の後半部分において解説されていることが多いと思われるが、法科大学院修了者としては、その訴訟手続上の取扱いとその根拠を理解しておくことが求められる。

次に、上記反訴が予備的反訴とされる場合、反訴原告（Y）は相殺による簡易、迅速かつ確実な債権回収（相殺の担保的利益）への期待と、相殺に供した自働債権について債務名義を得るという二つの利益を享受することにならない理由についての論述が求められている。ここで期待された論述の流れは、概要、①相殺の抗弁は予備的に主張されるものであって、Yが主張する他の防御方法が全て認められないときに初めて審理されるものであるところ、相殺の抗弁以外の理由により請求が棄却される場合には、Yは、相殺の担保的利益を享受することはなく、他方で、反訴に付された解除条件も成就しないから、反訴が審理され、反対債権の存在が認められればその債務名義を得ることができる、②一方、相殺の抗弁が審理されると、解除条件が成就し、反訴請求について判決されることはないから、相殺の抗弁が認められれば、Yは相殺の担保的利益を享受することができる、③したがって、Yが相殺の担保的利益と債務名義の得るという2つの利益を享受することにはならない、といったものであった。

しかし、答案においては、上記①の点についての言及を欠くものが大半であった。本問の事案では、相殺の抗弁が予備的な抗弁とされるものであり、かつ反訴が予備的反訴であるという状況にあるが、その内容を的確に分析して論じることが求められる。

本訴において相殺の抗弁が審理されることが解除条件であるのに、本訴におい

て相殺の抗弁が認められることが解除条件であると誤解している答案が、無視できない比率で存在した。このことは、民事訴訟法第114条第2項の既判力は、相殺の抗弁が認められるか否かを問わず、相殺の抗弁についての判断がされた場合には、反対債権（自働債権）の不存在の判断に生じることが理解できていないことを示すものである。

さらに、本問では、訴えの変更の手續を要せずに予備的反訴として扱われることが処分権主義に反しない理由及び反訴被告（本訴原告）の利益を害することにならない理由についての論述が求められている。答案の多くは、民事訴訟法第114条第2項に基づく既判力の存在を指摘して、反訴の訴訟係属が消滅しても反訴被告（本訴原告）は反対債権の不存在に係る既判力ある判断を得ることができるから、反訴被告（本訴原告）の利益は害されない、と結論付けることができていた。これに対し、反対債権の債権者としてその履行を求めて反訴を提起した後、それを本訴における相殺の抗弁としても主張した者としては、訴訟手續においてどのように審理されることを期待するのかという点を検討しつつ、予備的反訴に変更されることが処分権主義に反しない理由について論じることが期待されたところであるが、単にYの合理的意思に合致するとのみ抽象的に論じる答案が多かった。やはり、なぜYの合理的意思に合致するといえるのか、どのような当事者の意思を尊重すべきなのかといったことを検討してこそ、上記課題につき具体的な検討がされたものというべきであって、このような答案が高い評価を受けることは困難であろう。しかし、だからといって、解除条件が付されない反訴であれば当該反訴は却下されるが、解除条件付きの反訴であれば当該反訴は却下されないのだから、Yの合理的意思に反しない、と論じるような答案は、単に当事者の訴訟行為を適法と扱えば当該当事者の合理的意思に合致する、と論じているに等しく、予備的反訴という条件付きの訴訟行為として取り扱うことがYの合理的意思に合致するといえるのかについて、具体的な検討がされたものと評価することはできない。

(3) 設問2について

本問では、具体的には、控訴審が、相殺の抗弁を認めて本訴請求を棄却した第一審判決を取り消し、改めて請求棄却の判決をすることが、控訴したXにとって原判決の不利益変更となるか、なると考える場合のその理由について、説明が求められている。

この点、民事訴訟法第114条に基づく既判力の内容を同条各項ごとに正確に論じることができている答案は、控訴審が第一審判決を取り消すことが反対債権について生じ得る既判力の有無に影響を及ぼすことを指摘できており、また、不利益変更禁止の原則については、基本的な概念であって、その内容についても受験者において概ね理解されているものであったことから、控訴審がすべき判決の在り方について一定の結論にたどり着くことができ、相応の得点をとることができていたと考えられる。

しかし、設問2の問題文において、Yによる控訴及び附帯控訴の可能性については考えなくてよいとされ、Xのみが控訴した場合について問われているにもかかわらず、例えば、反対債権の不存在の判断の既判力はYに不利益であるから、P2の言う判決をすべきであると論じる答案も相当数存在した。このような答案

は、不利益変更禁止の原則は、控訴した者にとっての不利益を問題とする原則であるという基本的な概念の理解ができていないことを示すものである。

また、本訴における訴求債権が不存在であると判断する以上、第一審判決を取り消して控訴を棄却するとすべきであると論じるにとどまらず、更に控訴審は反訴請求の当否について判決をすべきであると論じる答案も散見された。このような答案は、反訴請求の当否につき判断を示さなかった第一審判決に不服を有するのは、相殺の抗弁以外の理由による請求棄却判決を求めるYであり、本問はYが控訴をしていない場合について解答を求めていることを失念していることを示すものである。

さらに、民事訴訟法第114条第2項に基づく既判力の内容として、反対債権が相殺により消滅したとの判断に既判力が生じると記載している答案が相当数存在した。このような答案のうちには、設問3において、同項に基づく既判力の内容について、反対債権が不存在であることについて既判力が生じると記載しているものが散見された。このような答案は、民事訴訟科目に係る問題のうちの各設問が独立した問題であると考えたとしても、民事訴訟法第114条第2項の意義に関する受験者の理解が一貫しているかを大いに疑わせるものであり、高い評価を受けることは困難である。

他には、問題文において、第一審判決取消し・請求棄却という結論の控訴審判決が確定した場合と相殺の抗弁を認めて請求を棄却した第一審判決が控訴棄却によりそのまま確定した場合とを比較して検討することが求められているにもかかわらず、比較検討をしない答案、控訴審はどのような判決をすべきかと問われているにもかかわらず、その論述をしない答案などがある程度存在した。改めて、前提として問題文をよく読むべきことを指摘したい。

民事訴訟法科目は、本年より短答式試験の出題がなくなった。しかし、実際の実務においては、訴訟手続全般を通じた幅広い知識が求められるものであり、実務家となる以上は、手続全体をよく理解しておくことが必要である。

(4) 設問3について

本問では、XがYに対して提起した損害賠償請求事件に係る第一審判決（その内容は、Yの相殺の抗弁が認められ、Xの本訴請求が棄却されたというもの）が確定した後に、新たに、Yが不当利得の返還を求める文書を送付してきたという事案を題材に、当該第一審判決の既判力の作用について具体的に説明することが求められている。

まず、一般論としての不当利得返還請求の要件事実、これに対するYの言い分の当てはめは、概ね正確に記載しているものが大多数であった。そして、ほとんどの答案が、既判力制度の趣旨及び正当化根拠、既判力の積極的作用・消極的作用、当該作用がある場面の説明（前訴と後訴の訴訟物が同一である場合、前訴の訴訟物が後訴の訴訟物の先決関係である場合、前訴と後訴の訴訟物が矛盾関係である場合）といったことをまず、一般論として記載していた。

しかし、そのような前提となる事項はおおむね正しく理解していると思われる一方で、結論として、「利得、損失及び因果関係についてのYの主張は認められない」とか、「Yが利得、損失及び因果関係としてその言い分にあるような主張をすることは許されない」といった抽象的な記載にとどまるものが極めて多数存

在し、ほぼ全ての答案において既判力に関する一般論として展開されている積極的作用・消極的作用との関係を意識して具体的な論述を行っているものは、少なかった。この点、結論としては、反対債権が存在することを前提とした利得、損失及び因果関係についてのYの主張は、反対債権の不存在という前訴の確定判決の既判力に抵触し、後訴においては排斥されるといった、消極的作用による説明が成り立ち得るし、また、後訴裁判所は、反対債権が不存在であるという前訴の確定判決に拘束されるから、利得、損失及び因果関係に関するYの主張には理由がないとするほかないといった、積極的作用による説明も成り立ち得る。そして、例えば、前者であれば適法な請求原因の主張がないとして、後者であれば請求原因事実の主張はそれ自体失当であるとして、結局、Yの後訴における請求は棄却となると結論付けることができる。いずれの法律構成に拠るにせよ、そうした答案であれば高い評価に値するが、こうした答案は皆無に等しく、その結果、既判力の作用についての一般論の記述が、パターン化された論証の条件反射的再現として、無意味で評価に値しないものとなっていた。このことは、既判力という民事訴訟手続における基本的な概念について、必ずしも理解が深まっていないことを示すものとも考えられ、残念であった。また、既判力が作用する場面についての一般論、すなわち、訴訟物同一、先決関係及び矛盾関係について論述する答案にも同じような問題があるが、これについては、4で触れることとする。

さらに、Yの後訴における請求を遮断する立論として、そのような請求は実質的に前訴における紛争の蒸返しだから信義則上許されないとする答案も相当数存在したところであるが、問題文におけるL2の発言（問題文5頁19行目から27行目のもの）のとおり、本問では、民事訴訟法第114条第2項によりYの請求が認められないことの説明の検討が求められているのであって、このような答案は、題意を的確に捉えたものとは言い難い。

なお、問題文において、「民事訴訟法第114条第2項の解釈として、相殺の時点において、受働債権と自働債権の双方が存在し、それらが相殺により消滅した、という内容の既判力が生じると解する説」について、現在の学説上支持を失っているのに、これに依拠して立論するわけにはいかない、とされているにもかかわらず、上記説によって論述を行う答案が散見された。問題文をよく読むべきである。

(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、反訴請求債権の本訴における相殺主張の取扱いと予備的反訴の意義、その帰結（設問1）、不利益変更禁止の原則の意義と具体的な作用の仕方（設問2）、不当利得返還請求権の要件事実及び事案に即した既判力の作用の仕方（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、ないし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

例年指摘していることであるが、民事訴訟法科目の論文式試験は、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おらず、判例の丸暗記、パターン化された論証による答案は評価しないとの姿勢に立って、出題、採点を行っている。当該教科書に記載された事項や判例知識の単なる確認にとどまらない「考えさせる」授業、判例の背景にある基礎的な考え方を理解させ、これを用いて具体的な事情等に照らして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。

本年の採点を通じて改めて思うのは、民事訴訟法の授業の受講者は、他方で要件事実の授業を必修として受講していることを自覚的に意識して、教育をすることが望まれるということである。例えば、既判力が作用する場面には、訴訟物の同一関係、先決関係及び矛盾関係の三つがあるという説明は、通常、民事訴訟法の授業で行われていると思われる。現に設問3への解答においてほとんどの答案がこれに言及していた。確かに、例えば、前訴の確定判決が甲の乙に対する土地Aについての所有権確認請求を認容したもので、後訴が、甲の乙に対する土地Aについての所有権確認請求、甲の乙に対する土地Aについての所有権に基づく明渡請求、乙の甲に対する土地Aについての所有権確認請求といったものであれば、それはそれで正しい説明である。しかし、既判力が作用する場面がそれらに尽きるものなのかどうかの検討を求めるのが、設問3なのであって、これに対する解答としてこの一般論を述べても無意味であり、評価に値しないのである。もっと単純に、前訴の確定判決が甲に対する100万円の支払いを乙に命じたもので、これに基づき、乙が甲に支払った100万円について、これを不当利得として、後訴において乙が甲に対してその返還を請求したという事案を例にとると、民事訴訟法の授業では、往々にして、これを矛盾関係だから既判力が及ぶのだと説明して済ましてしまいがちではないかと思われる。しかし、受講者は、要件事実の授業において、不当利得返還請求の要件事実、利得、損失、両者の因果関係及び利得に法律上の原因がないこと、であることを思考の出発点に置くよう訓練されているのであるから、民事訴訟法の授業としても、前訴確定判決の既判力はそれらの要件事実のうちどの事実の主張を遮断するのかについて説明をしなければ、実務家の卵に対する教育として不十分であると考えられる。

また、設問1を採点していて実感したのは、解除条件の意義を正しく理解していない受験者がいたことである。民法総則から始まる法学部の授業と異なり、多くの法科大学院では、民法についてパンデクテン・システムを解体したカリキュラムが組まれている。もちろん、各法科大学院においては、民法総則の中に置かれた諸制度のうち、例えば代理は契約の締結の箇所、時効は債権の消滅及び物権の取得の箇所、適切に学習の機会が設けられていると思われるが、期限、条件、期間といった基礎的概念を学生が実質的に理解する機会が十分に設けられているか、改めて顧みていただきたいところである。

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。）、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27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、本問では、甲は、A社の新薬開発部の部長として自らが管理していた同社の新薬の製造方法が記載された書類（以下「新薬の書類」という。）を持ち出すよう乙から働きかけられ、所属部署を異動した後、新薬の書類を後任部長に無断で持ち出して、これを自己のかばん（以下「甲のかばん」という。）に入れて乙の元に届ける途中、新薬の書類在中の甲のかばんを丙によって持ち去られたが、近くをたまたま通りかかったCが持っていたかばん（以下「Cのかばん」という。）を甲のかばんと誤解して、CのかばんをCから奪い取り、Cに傷害を負わせ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、甲の罪責の検討に当たっては、まず、A社新薬開発部の部屋に立ち入り、新薬の書類を持ち出した行為に関して、前提として、建造物侵入罪の成否を論じた上、甲の立場の変更を踏まえて、新薬の書類に係る占有の帰属を論ずる必要があった。また、Cのかばんを奪い取って、その際にCに傷害を負わせた行為に関しては、一つ目として、甲がCのかばんを甲のかばんと誤解している点について、構成要件該当事実の認識の有無を当該犯罪の保護法益を踏まえて論ずることが必要となり、二つ目として、甲がCから甲のかばんを盗まれたと誤解している点について、違法性阻却事由に関する事実の錯誤を論ずる必要がある。そして、三つ目として、Cに傷害を負わせている点について過剰性の有無に触れる必要がある。

乙の罪責の検討においては、前提として、乙が何らの実行行為を行っていないことから、共謀共同正犯の肯否について簡潔に論じた上、乙の行為が共同正犯とな

り得るのか、教唆犯の成否が問題となるにとどまるのかを、両者の区別基準について論じ、問題文の事実をその基準に当てはめることが求められていた。その上で、新薬開発部長であった甲に対して、その管理に係る新薬の書類を持ち出すよう働きかけた乙の行為と、管理外にある新薬の書類を持ち出した甲の行為との間の因果性に触れる必要があった。そして、上記因果性が認められることを前提として、乙の故意の問題、すなわち、乙は、甲がその管理に係る新薬の書類を持ち出すものと認識していたところ、甲がその管理外の新薬の書類を持ち出したことから、認識と事実との間に構成要件にまたがるそごがあることになり、抽象的事実の錯誤の問題を処理する必要がある。想定される罪名は、業務上横領罪と窃盗罪であるが、認識と事実が異なる構成要件にまたがる場合であっても、両罪の実質的重なり合いの有無によって処理するのが判例の立場である。ただし、業務上横領罪と窃盗罪の重なり合いについて判断した判例はないことから、いずれの結論を採るにせよ、重なり合いについてどのように判断するのかを各自の基準を立てた上で、問題文の事実を当てはめるという論述が求められていた。

丙の罪責の検討に当たっては、窃盗罪の成否が問題となるところ、まず、甲のかばんに対する占有の帰属について、占有の要件を指摘した上で、問題文の中に丙が甲のかばんを持ち出した際の占有関係に関する事実をその要件に則して拾い出すことが求められ、次に、不法領得の意思について、その要否やその意義を示した上、丙に不法領得の意思が認められるかをその意義と矛盾なく説明することが求められていた。また、不法領得の意思を否定した場合でも、直ちに、丙に犯罪が成立しないとすることはなく、不法領得の意思の要否が問題となる理由に立ち返り、毀棄罪の成否を更に検討することが求められていた。

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

本問は、前記2のとおり、特に、甲の罪責を論ずるに当たって、各論点の体系的な位置付けを明確に意識した上、厚く論ずべきものと簡潔に論ずべきものを選別し、手際よく論じていく必要があった。すなわち、甲乙丙の罪責を論ずるに当たって検討すべき論点には、重要性の点において軽重があり、重要度に応じて論ずる必要があったが、そのような重要度を考慮することなく、本問において必ずしも重要とはいえない論点に多くを費やすなどしている答案も見受けられた。

また、本問を論ずるに当たって必要とされる論点全てに触れた答案は少数にとどまり、後述するとおり、甲の罪責について、刑法を体系的に理解することができていれば、必ず触れることができたであろう論点を落としている答案が多かった。ただし、例年に比べると、途中答案となってしまった答案は少なかったように思われた。

さらに、法的三段論法の意識に乏しい答案も散見された。すなわち、甲乙丙の罪責を論ずるに当たっては、客観的構成要件該当性、主観的構成要件該当性、あるいは急迫不正の侵害の有無等を論ずる必要があるところ、そのためには、検討が必要となるそれぞれの規範を述べた上、事実を指摘して、これを当ては

める必要がある。この法的三段論法を意識せず、事実を抜き出して、いきなり当てはめるといった答案が散見され、法的三段論法の重要性についての意識が乏しいのではないかと思われた。もとより、前記のように重要度に応じて記述する必要があるから、全ての論述について形式的にも法的三段論法を踏む必要はないが、少なくとも、規範定立を意識した答案が望まれる。

(2) 甲の罪責について

甲の罪責を検討するに当たって論ずべきものと思われる点は、①建造物侵入罪の成否、②新薬の書類に係る窃盗罪ないし業務上横領罪の成否、③Cのかばんに係る強盗（致傷）罪ないし窃盗罪の成否、④Cに対する傷害罪の成否である。

まず、建造物侵入罪については触れていない答案が相当数あった一方、その成否を延々と論ずる答案が見られた。建造物侵入罪の成否の結論はともかく、部員のいなくなった隙を見計らって新薬開発部の部屋に立ち入るといった甲の行為が同罪に該当するか否かを簡潔に論ずることが求められていた。建造物侵入罪を論じている答案の中には、「侵入」の意義を示すことなく、単に事実を挙げるのみにとどまるものも散見された。また、「住居」侵入罪の成否として論じているものも見受けられ、法的概念についての理解が不十分なのではないかと考えられた。

次に、②の点であるが、窃盗罪とする答案、業務上横領罪とする答案の両様があった。窃盗罪とする答案の中には、新薬の書類に対する占有の主体について、これを金庫において管理している新薬開発部長であるとした上で、甲が同部長を解任されている以上、金庫の暗証番号を知っていたとしても占有は失われたとして窃盗罪としているものが多かったが、占有の主体をA社とするなど、占有についての理解が不足しているのではないかと思われる答案もあった。また、業務上横領罪とした答案は、新薬開発部部長が占有の主体であるとしつつも、甲が暗証番号を知っていることからその占有は失われまいとするものが多数であったが、出題の趣旨でも述べたとおり、後任部長にも新薬の書類に対する占有があることは明らかであって、これを的確に把握できていなかったといえる。さらに、業務上横領罪とした答案の中には、甲が、乙の働きかけに応じ、「分かった。具体的な日には言えないが、新薬の書類を年内に渡そう。」と言った時点で横領行為を認めているものも少なからずあった。上記行動が不法領得の意思の発現行為と理解したのであろうが、実行行為についての理解不足をうかがわせるものであった。なお、甲のこの点の罪責を論じるに当たって、業務上横領罪ではないから窃盗罪が成立するなど結論付ける答案も見られた。比喩的に言えば、A罪とB罪の区別が問題となることもあり得るが、A罪が成立しないから当然B罪が成立するわけではなく、B罪が成立するためには同罪の構成要件に該当することが必要なものであって、その検討が必要であるとの意識が乏しい受験者もいると思われた。

③の点であるが、まず、Cのかばんの持ち手を引っ張るといった甲の行為の検討に当たっては、甲の行為がCの意思の抑圧に向けた暴行といえるかどうかが問題となるが、強盗罪を否定した答案においてもその問題に触れたものはほとんど見受けられなかった。簡単に強盗罪を認めた答案は、ひたたくりに関する最高裁判例（最決昭45・12・22刑集24巻13号1882頁）の理解が不

十分なのではないかと思われた。

そして、窃盗罪が成立するにせよ、強盗罪が成立するにせよ、本問では、甲の構成要件該当事実の認識を検討することが求められていた。すなわち、甲は、客観的にはCのかばんを甲のかばんであると誤信しており、かばんに関して言えば、自己のかばんを取り返すという認識であった。そこで、窃盗罪ないし強盗罪における「他人の物」に対する認識が認められるのかを、保護法益論に立ち返って論ずることが求められていた。

また、甲は、Cが持っていたかばんを甲のかばんと勘違いしただけでなく、Cが甲のかばんを持ち去った窃盗犯人であると認識している。そこで、違法性阻却事由に関する事実の錯誤、いわゆる誤想防衛の成否が問題となるところ、甲が急迫不正の侵害の認識を有していた否かは、甲の認識があったものと仮定して急迫不正の侵害といえるかどうかを検討する必要がある。その際、窃盗罪の既遂時期と侵害の急迫性の終了時期は必ずしも一致しないことを意識した論述が期待されていたが、そのような答えはほとんどなかった。

急迫不正の侵害に対する誤信を肯定した答えは、誤想防衛ないし誤想過剰防衛について論じていたが、その際、必要性、相当性に触れて結論を出しているものが多かった。また、必要性、相当性を肯定し、誤想防衛の成立を認めた後、甲が安易に急迫不正の侵害を誤信したことについて過失犯の成否を論じている答えも少なからずあった。他方、侵害の急迫性を否定し、自救行為として論じた答えは、自救行為が正当防衛よりも厳しい要件の下で認められるという意識に乏しいものが多かったように思われる。自救行為は認められないとして簡単に故意を認めてしまったものも多かった。

防衛行為ないし自救行為の必要性、相当性の判断に当たっては、これらの要件が具体的に何を意味するのかに触れることなく、事実を挙げて、単に「相当性がある。」「相当性がない。」と結論付けている答えも散見された。また、相当性の判断において、甲が結果的にCに傷害を負わせたことを重視して過剰性を認めている答えについては、結果のみにとらわれているのではないかという印象を受けた。

本問では、このように構成要件該当事実の認識の問題と、違法性阻却事由に関する錯誤の問題の双方を論ずる必要があるが、窃盗罪ないし強盗罪の故意（構成要件該当事実の認識）について触れた多くの答えは、違法性阻却事由に関する事実の錯誤について触れていないものが多かった一方、後者に言及していた答えは、前者に触れることがないものが多かった。この点は、刑法を体系的に理解していないのではないかと危惧された。

(3) 乙の罪責について

乙については、実行行為を行っていないことから、共謀共同正犯ないし教唆犯の成否が問題となるところ、問題文には検討を要すると考えられる事実が多く記載されているにもかかわらず、それらの事実について検討することなく、教唆犯の成立を認めている答えが少なからずあった。

業務上横領罪と窃盗罪の重なり合いについては、重なり合いに関する判断基準を自分なりに示した上で結論を導き出すことが求められるところ、これを明確に論じた判例がなく難しかったのではないかと思われるが、全体的に、基準を

立てようとする姿勢は見受けられた。例えば、保護法益の本質論に立ち返って、両罪の重なり合いについて自分なりの基準（どのような事情を考慮して重なり合いを認めるのかという基準）を立て、具体的に論じている答案があった。他方、基準を立てることなく、単に事実を若干挙げて直ちに結論を述べる答案、一応の基準を立てているものの、占有侵害という点で共通するなどとして横領罪と窃盗罪の重なり合いを認めるといった論旨が一貫していない答案は評価が低いものとならざるを得ない。

(4) 丙の罪責について

丙の罪責を検討するに当たっては、駅待合室に置かれた甲のかばんに甲の占有が及んでいるかどうかについて、具体的な事実を踏まえた論述が求められていた。また、本問では、不法領得の意思が問題となる。

まず、甲のかばんに対する占有関係であるが、占有の要件について明確に論じた上で、その要件に即して、事実を取り上げることができている答案もそれなりにあった。他方、事実はよく取り上げているものの、それが占有のどの要件に位置付けられる事実なのか意識できていない答案、占有の要件に対する意識はあると思われるものの、専ら占有の意思に比重を置いた答案などがあった。事実を単に羅列するのではなく、その事実が占有の要件との関係でどのような意味を持つのかを意識している答案が評価されることとなる。

不法領得の意思の問題については、その規範を定立し、事実を当てはめて一定の結論に至ることが求められていたところ、定義自体は、判例（大判大4・5・21刑録21輯663頁）を踏まえて記述されている答案が多かった。本問のような事案の場合、不法領得の意思をどのように考えるのかが問題となり得るところであるが、いずれの結論を採るにせよ、近時の判例（最決平16・11・30刑集58巻8号1005頁）を踏まえて、説得的に論じることができた答案は評価が高かった。他方、丙に不法領得の意思は認められないという結論を採る答案の中には、丙の行為が器物損壊罪に該当するか否かの検討にたどり着かず、不法領得の意思を否定することによって直ちに丙は何らの罪責を負わないとしているものもあった。不法領得の意思の要否がなぜ議論となり得るのか、その議論の出発点が理解できていないのではないかと思われた。

(5) その他

例年の指摘であるが、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、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、検討の順序にも十分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であると思われる。

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27年司法試験の採点実感等に関する意見（刑事系科目第2問）

1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様、比較的長文の事例を設定し、その捜査及び公判の過程に現れた刑事手続法上の問題点について、問題の所在を的確に把握し、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いる。法律実務家になるための基本的学識・法解釈適用能力・論理的思考力・論述能力等を試すことを狙いとするものである。

出題の趣旨は、公表されているとおりである。

〔設問1〕は、いわゆる「振り込め詐欺」グループによる詐欺未遂事件に関し、共犯者ではないかと疑われる乙の動静を探っていた司法警察員Pが、乙方マンション居室の隣室のベランダにおいて、乙方ベランダに出て携帯電話で通話を始めた乙の会話を約3分間にわたりICレコーダで録音した【捜査①】、その後、Pらが、隣室において、壁の振動を増幅させて音声を聞き取り可能にする本件機器を用いて、壁に耳を当てても聞こえなかった乙方居室内の音声を約10時間にわたり聞き取りつつ、ICレコーダで録音した【捜査②】について、それぞれの適法性を問うものである。いわゆる強制処分と任意処分の区別、任意処分の限界について、法的判断枠組みを示した上で、設問の事例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、【捜査①】及び【捜査②】がそれぞれ強制処分なのか任意処分なのか、各処分が服する法的規律に照らし適法なのか違法なのか、論理的に一貫した検討がなされることを求めている。

〔設問2〕前段は、不起訴約束によってなされた甲の供述（自白）を基に乙が逮捕され、逮捕後の取調べにおいて乙が任意になした自白を疎明資料として発付された捜索差押許可状による捜索差押えの結果、本件文書及び本件メモが押収されたという事実関係において、その証拠収集上の問題点から、本件文書及び本件メモの証拠能力を問うものである。本件文書及び本件メモが不起訴約束によって得られた甲の供述（自白）の派生証拠に当たることを踏まえ、甲の供述（自白）の獲得手続の問題点と、そこから派生して得られた証拠の証拠能力について、自白法則、違法収集証拠排除法則等の刑事訴訟法の基本原則に対する理解を踏まえた検討を行い、派生証拠の証拠能力が否定される趣旨及びその法的判断枠組みに照らし、設問の具体的事実関係に即した結論を導くことを求めている。

〔設問2〕後段は、本件文書及び本件メモのそれぞれについて、伝聞法則の適用の有無という観点から証拠能力を問うものである。書面が伝聞証拠に当たるか否かは、それによって証明しようとする要証事実ないし立証事項が何であるのかと関連して決まるという基本的理解を前提に、本件文書及び本件メモのそれぞれについて、丙の関与（丙と乙との共謀）を立証するためには、いかなる事実を証明しようとすることになるのか、その要証事実ないし立証事項との関係で、書面の記載内容の真実性が問題となるのかどうかを具体的に検討し、伝聞法則が適用される場合には、さらに伝聞例外として証拠能力が認められるかどうかについても検討することを求めている。

採点に当たっては、このような出題の趣旨に沿った論述が的確になされているか

に留意した。

前記各設問は、いずれも捜査及び公判に関し刑事訴訟法が定める制度・手続及びそれに関連する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1〕の【捜査①】及び【捜査②】は、会話の秘密録音と呼び得る捜査手法であるが、しばしば「秘密録音」という表題の下に通信傍受との対比で論じられることがあった会話の一方当事者が相手方に秘密で行う会話録音とは、話者と録音者の関係が異なる。また、〔設問2〕前段で問題となる派生証拠の証拠能力も、不起訴約束によって獲得した供述から派生した証拠の証拠能力を問題とする点で、一般に「毒樹の果実」と呼ばれる、違法収集証拠である第1次証拠から派生して得られた第2次証拠の証拠能力という典型的な問題そのものではない。〔設問2〕後段で問題となる書面の伝聞証拠該当性については、問題文により与えられた立証趣旨を前提に検討するのではなく、いわば検察官の立場に身を置いて、当該事件における証拠請求の狙いを踏まえた具体的な要証事実を自ら考えた上で検討することを求めている。これらの点で「ひと捻り」のある出題であるが、いずれも、刑事訴訟法が定める制度・手続やそれらを支える基本原則、関連する判例の理解を前提に、それらを駆使しつつ、事案や問題の特殊性を踏まえた考察を求めるものであり、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訴訟法の底の深い理解と、それを基礎とし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〕については、【捜査①】及び【捜査②】の各適法性について、事例に即して法的問題を的確に捉え、強制処分と任意処分の区別、任意処分の限界に関して、刑事訴訟法第197条第1項の解釈問題であることを意識しつつ、基本的な判例の内容も踏まえてその判断枠組みを明確にした上で、それぞれの判断に関わる具体的事実を事例中から適切に抽出・整理して意味付けし、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。

また、〔設問2〕前段については、供述獲得手続の問題点と、派生証拠の証拠能力に与える影響について、刑事訴訟法上の原則を踏まえて問題点を正確に把握し、本事例に現れた具体的な事情を踏まえて検討を加え、結論を導くに至った思考過程を説得的に論じた答案が見受けられた。

〔設問2〕後段についても、本件文書及び本件メモの各証拠能力について、伝聞証拠の意義に関する正確な理解を前提に、丙と乙との共謀を証明するために想定される具体的な要証事実を的確に示した上で、伝聞証拠かどうかを判断し、結論を導く答案が見受けられた。

他方、抽象的な法原則・法概念やそれらの定義、関連する判例の表現を機械的に記述するのみで、具体的事実これらを適用することができていない答案や、そもそも基本的な法原則・法概念、判例の理解に誤りがあったり、具体的事実の抽出や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、【捜査①】及び【捜査②】の各適法性を論じる前提とし

て、各捜査が強制処分か任意処分かを検討する必要がある。強制処分と任意処分の区別の基準について、多くの答案が、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えるかどうか」という最高裁判例（最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁）の示す基準や、「相手方の意思に反して、重要な権利・利益を制約する処分かどうか」という現在の有力な学説の示す基準を挙げて検討していた。もっとも、この問題は、刑事訴訟法第197条第1項ただし書の「強制の処分」の意義をどのように解するかという解釈問題であるにもかかわらず、そのことが十分意識されていない答案、そのこととも関係して、強制処分であることと令状主義とを何らの説明も加えることなく直結させ、強制処分が服する法的規律について、法定主義と令状主義とを混同しているのではないかと見られる答案などが散見された。また、強制処分のメルクマールとして、「権利・利益の制約」に着目するとすればそれはなぜか、なぜ「重要な」権利・利益に限られるのか、なぜ「身体、住居、財産等」という判例の文言を「重要な権利・利益」と等置できるのか等の点について、十分な理由付けに欠ける答案が少なくなかった。例えば、「重要な」権利・利益とされる理由について、現在の有力な学説は、現に刑事訴訟法が定めている強制処分との対比（それらと同程度に厳格な要件・手続を定めて保護するに値するだけの権利・利益）や前記最高裁判例で被制約利益として例示されている「身体、住居、財産」が憲法第33条及び同法第35条が保障するような重要で価値が高いものであることなどから、単なる権利・利益の制約ではなく、一定の重要な権利・利益の制約を意味すると解するものであるが、このような点まで意識して論じられている答案は少なく、「真実発見と人権保障の調和」というような極めて抽象的な理由を示すにとどまるものが目立った。

基準の当てはめに関しては、まず、前記最高裁判例の示す2つの要素のうち「意思の制圧」の側面につき、【捜査①】及び【捜査②】ともに対象者である乙に認識されることなく秘密裏に聴取・録音がなされていることから、現実に乙の明示の意思に反し又はその意思を制圧した事実は認められない点をどのように考えるかが問題となる。この点では、対象者が知らない間になされたこと、あるいは現実に意思を制圧した事実がないことを理由に、直ちに強制処分性を否定し、任意処分と結論付ける答案が少なからず見受けられた一方で、「意思の制圧」はないが重要な権利・利益を侵害・制約するので強制処分であるとするものなど、判例の理解を誤っているのではないかと疑われる答案も見受けられた。そのほか、特に具体的な検討をすることなく「意思の制圧」はあるとするものや、「意思の制圧」の側面について全く言及のないものなども見られた。

次に、「身体、住居、財産等の制約」の側面については、【捜査①】と【捜査②】とでは対象となった会話の行われた場所や聴取・録音の態様が異なっていることを意識しつつ、「重要な権利・利益の制約」があるといえるか、被制約利益の内容及びその重要性を具体的に検討することが必要である。しかしながら、比較的多くの答案は、【捜査①】及び【捜査②】のいずれについても、被制約利益の内容としては抽象的に「プライバシーの利益」とするのみで、その具体的内容を踏み込んで明らかにすることなく、【捜査①】については、プライバシーの利益が放棄されており、重要な権利・利益の侵害・制約はないが、【捜査②】については、未だプライバシーの利益は放棄されていないから、重要な権利・利益の侵害・制約が認められ

るなどと結論付けるにとどまり、重要性の評価に関する検討も十分にはなされていなかった。被制約利益の具体的内容やその重要性に関する検討においては、憲法第35条により保障を受けるもの又はそれと同視し得るものと言えるかどうかという観点や、人の聴覚で聴取されることと、機械で録音されて記録されることとの違いといった視点からの検討がなされることも期待したが（後者の点では、公の場所における人の容ぼう等の写真撮影について、個人の私生活上の自由の一つとして「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」が認められることを明らかにした上で、一定の場合にその許容性を認めた最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁が参考となり得る）、そのような検討がなされている答えは、残念ながら少数にとどまった。

【捜査①】については、任意処分とした上で、当該捜査が任意捜査として許容される限度のものを検討する答えが多数を占めたが、その許容性の判断においては、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度」（前記最決昭和51年）かどうか吟味されることになる。この判断は、いわゆる「比例原則」に基づくものであり、個別具体的事案において、当該捜査手段により対象者に生じる法益侵害の内容・程度と、捜査目的を達成するため当該手段を用いる必要性との合理的権衡を欠いていないか、両者の比較衡量によって行われるから、実際の判断に当たっては、設問の事例に現れた具体的事実がその判断枠組みにおいてどのような意味を持つのかを意識しながら、一方で、当該捜査手段によりどのような内容の法益がどの程度侵害されるのかを具体的に明らかにしつつ、他方で、対象となる犯罪の性質・重大性、捜査対象者に対する嫌疑の程度、当該捜査によって証拠を保全する必要性・緊急性に関わる具体的事情を適切に抽出して当該捜査手段を用いる必要性の程度を検討し、それらを総合して結論を導く必要がある。しかし、判断基準については、前記最高裁判例の判示に表れる「必要性」、「緊急性」、「相当性」というキーワードを平面的に羅列するにとどまり、「具体的状況のもとで相当と認められる」かどうかの判断構造の理解が十分とはいえない答案も見られた。また、判断基準への当てはめにおいても、被侵害法益の具体的内容を明示しないものや、いわゆる「振り込め詐欺」に対する取締りの一般的な必要性を挙げて捜査の必要性・緊急性を肯定し、それ以上、【捜査①】で会話を聴取・録音することのより具体的な必要性には検討が及んでいないものなど、具体的事情の抽出・評価が不十分であったり、判断基準に即した必要な分析・検討に欠けるような答案が比較的多数見受けられた。特に、本件の場合、「会話は直ちに録音して保全しなければ消失してしまうこと」が録音の必要性（「緊急性」）を基礎づける有力な一事情となり得るが、そのような点にまで注意を払って論じられていた答案は少数にとどまった。なお、【捜査①】について、強制処分か任意処分かを検討するに当たっては、「プライバシーの利益は放棄されており、重要な権利・利益の侵害はない」としつつ、任意捜査の許容限度を論じる段階では、「プライバシー権の侵害を伴う」などと論理的に矛盾するかのよう記述をしている答案も見られた。

【捜査②】については、強制処分であるとする答案が多数を占めたが、その結論を導くに当たっては、前記のとおり、被制約利益の具体的内容やその重要性の評価について、十分な検討が求められる。しかし、通常外部から探知されることのない私的領域内における会話を特別な機器を用いて増幅し、聴取・録音した【捜査②】

により制約されるプライバシーの権利の内容・重要性について、例えば、憲法第35条の規制が及び、強制処分であることも明らかな個人の「住居」内への立ち入り・捜索の場合と対比するなどして、説得的な論述ができていた回答は少数にとどまった。【捜査②】についても、「意思の制圧」がないことから任意処分であるとする回答が存在したことは、前記のとおりである。また、当該捜査により対象者に生じる法益侵害の内容・程度を考慮して、任意処分としつつ、任意捜査としての許容限度を超えるものとして違法との結論を導くもの、任意処分としつつ、捜査の必要性を強調して適法とするものも見られたが、【捜査②】によって生じる法益侵害の重要性に関する評価・検討において不十分・不適切なものが多かったほか、後者の結論を導くものの中には、結論先行で素直なものが見方ができていないと感じさせる回答、バランス感覚のずれを感じさせる回答も見受けられた。

強制処分である場合、強制処分法定主義（刑訴法第197条第1項ただし書）からは、【捜査②】のような捜査手段を直接定めた明文規定は存在しないことから、法定の根拠規定を欠くため違法となるのではないかが問題となる。そして、法定の根拠規定の有無に関して、【捜査②】が強制処分たる「検証」に当たるといえるかを検討し、「検証」に当たらないとすれば、根拠規定を欠くため違法となり、「検証」に当たるとすれば、本件では令状（検証許可状）を得ることなく行ったため違法となるとの結論が導かれることとなる。しかし、そのような検討を行った回答は限られており、単純に「令状なく行っているから違法」としたり、「強制処分だから違法」とするような回答が多く見受けられた。

なお、本事例において、【捜査①】は、乙方ベランダにおいて携帯電話で通話中の乙の会話を聴取しつつICレコーダで録音したものであり、【捜査②】は、本件機器を用いて乙方室内における音声を聴取しつつ本件機器に接続したICレコーダに録音したものであって、電気通信の過程における通信当事者間の会話を傍受・録音したのではない。答案の中には、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」に違反するものかどうかを検討したものも少数ながら見られたが、各捜査が同法の規定する通信傍受に該当しないことは明らかであるので、この点を論ずることは必要ない。また、本事例における録音を「いわゆる秘密録音である」と性格付けした上で、【捜査①】について、電話の通話の相手方の利益を考慮するものも見られた。このような回答は、本事例を、これまで「秘密録音」として論じられることが多かった、会話の一方当事者が相手方に無断で秘密裏にその会話を録音し、あるいはその一方の同意を得た第三者が相手方に秘密裏に会話を聴取・録音するという場合と誤解したものと思われるが、本事例の事実関係を正確に把握しそれに即した検討をすることができなかつた例といえる。

〔設問2〕前段については、前提として、「証拠収集上の問題点」の所在を正確に把握することが必要である。本事例は、不起訴約束によってなされた甲の供述（自白）を起点としてその後の捜査手続が進行し、本件文書及び本件メモの押収に至ったものであり、本件文書及び本件メモは、甲の供述（自白）から派生して得られた証拠に当たる。そのことを踏まえた上で、まず、不起訴約束による甲の供述は、甲の自白として用いる場合には、典型的な不任意自白として、自白法則により証拠能力が否定されるものであることにも照らしつつ、その供述獲得手続の問題点を論ずることが求められる。しかし、そもそも不起訴約束によってなされた自白の任意性

を検討しなかったり、十分な検討を経ないまま任意性に問題がないとする答案も、少数ではあるが存在した。本事例は、「被疑者が、起訴不起訴の決定権をもつ検察官の、自白をすれば起訴猶予にする旨のことは信じ、起訴猶予になることを期待してした自白は、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠くものと解するのが相当である。」と判示した著名な最高裁判例（最判昭和41年7月1日刑集20巻6号537頁）の事案とほぼ同様の事例であるから、当然、同判例を踏まえた問題点の検討・論述が求められる。仮に同判例を知らなかったとしても、起訴不起訴の決定権をもつ検察官が被疑者に対して自白をすれば起訴猶予にする旨約束することは、被疑者の心理状態に重大な影響をもたらす利益を提示するものであり、自白法則に対する基本的理解を有していれば、当然にこの点を問題として把握し、必要な検討を加えることは可能であったというべきである。これに対し、最高裁判例も存在する典型的な論点であるためか、他の問題点との分量のバランスを失する程度に詳細かつ多量の論述を行っている答案も少なからず見受けられたが、その中には、問題の所在・構造の正確な把握に基づきそれに即した論述ができているかという観点から見て、なぜこの問題を論ずるのかを意識しないまま機械的に論述を行っているだけの答案と共通する問題を感じさせるものも存在した。

甲の供述について、甲の自白として用いる場合には、不任意自白として証拠能力が否定されるものであるとの前提に立ったとしても、そこから派生証拠の証拠能力を検討する筋道は様々に考えられる。しかし、大部分の答案は、甲の供述獲得手続を何らかの意味で違法とし（したがって、甲の供述を違法収集証拠とし）、本件文書及び本件メモをそこから派生した証拠と位置付けて、その証拠能力を検討していた。その場合、不任意自白の証拠能力が否定される根拠についての諸見解を踏まえつつ、甲の供述（自白）獲得手続がどのような意味で違法といえるのかを明らかにする必要がある（なお、甲の供述は、甲に対して用いる場合には、不任意の自白であるが、乙に対する令状請求手続で用いる場合、乙との関係で見れば、第三者の供述であるから、自白法則が適用される自白ではないのではないかという問題もある。しかし、この点を問題にした答案は、ほとんどなかった。）。不任意自白の証拠能力が否定される根拠につき、いわゆる任意性説（虚偽排除説ないし同説と人権擁護説との併用説）の立場に立つ場合、本事例における甲の自白が不任意自白とされる理由は、典型的に虚偽のおそれが大きい点に求められることになろうが、そのことから、供述獲得手続に違法があるといえるかは検討を要する問題である。しかし、この点を意識的に取り上げ検討を試みた答案は少数であり、多くは、格別の説明のないまま、虚偽排除の観点から任意性が認められないこととそのような供述を獲得した手続が違法であることを直結させ、「甲の自白は虚偽のおそれがあり、任意性が認められず、違法である。」などと論じるにとどまっていた。また、任意性説の立場に立ちつつ、甲に対する供述獲得手続は、甲の「黙秘権」ないしは「供述の自由」を（実質的に）侵害するものとして、違法であるとする答案や、不任意自白の証拠能力が否定される根拠について、いわゆる違法排除説の立場に立ちつつ、不起訴約束は供述獲得手段として違法であるとする答案も相当数見られたが、ここでも、不起訴約束による供述獲得がなぜ「黙秘権」や「供述の自由」の侵害と評価されあるいは違法と評価されるのかについて、具体的な検討ができていた答案は限られ、多くは、結論を示すにとどまっていた。

なお、任意性説に立ち虚偽排除の観点を貫いた場合、派生証拠の証拠能力を否定する趣旨が、証拠収集手続の瑕疵により第1次証拠の証拠能力を否定する趣旨を徹底することにあるとすれば、正しい事実認定の確保の観点から、典型的に虚偽のおそれ大きい供述が排除されたとしても、そのことから当該供述の派生証拠の証拠能力にまで影響が及ぶ理由はないのではないかとの問題も生じ得る。しかし、このような方向で問題を検討した答えはあまり見られなかった。また、本事例では、甲の供述獲得は後の乙の逮捕及び取調べにつなげることを意図した側面も見られることから、虚偽排除の観点からでも、典型的に虚偽のおそれ大きい不任意の供述を逮捕状の疎明資料に用い得るか、また、そのようにして発付された逮捕状は有効かを問題とする余地などもあったと思われるが、そのような見地から検討した答えも少数にとどまった。

次に、派生証拠の証拠能力については、関連する最高裁判例（最判昭和61年4月25日刑集40巻3号215頁，最判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁等）をも踏まえ、先行手続と後行手続との間に一定の関係が認められる場合に、先行手続の違法の有無、程度も考慮しつつ先行手続の違法の後行手続への承継を判断するという考え方をとるにせよ、先行手続の違法の内容・程度と、先行手続と証拠（証拠収集手続）との関連性の程度とを総合して判断するという考え方をとるにせよ、適切な判断枠組みを示した上で、その枠組みに従い、先行手続に存在する違法の重大性、違法手続と証拠（又はその収集手続）との関連性の密接度や希釈要因となり得る事情について、設問の具体的事例に即した検討・論述を行う必要がある。この点、多くの答えは、前記最判昭和61年の示す「同一目的・直接利用関係」や、前記最判平成15年の示す「密接関連性」等の表現を用いつつ検討を加えていたが、その具体的意味内容や各判例の判示する判断枠組みにおける位置・役割について、理解が十分でないと思われるものも少なくなかった。また、そもそも判断枠組みを示さないまま、具体的事情の検討に進んでいるものも存在した。

本問では、甲の取調べ、乙の逮捕及び逮捕後の乙の取調べ、並びに、Hマンション705号室の捜索による本件文書及び本件メモの押収は、いずれも手続上は別個のものであって、甲供述、乙供述、本件文書及び本件メモの各証拠は、相互に関連するものとは直ちにいえませんが、Pらは、甲の自白が得られたことによって初めて、乙を本件で逮捕して取り調べることが可能となったものであり、その逮捕後の身柄拘束中の取調べの際に乙が自白し、その自白に基づいて捜索差押許可状の発付を得たことにより、本件文書及び本件メモの発見押収に至ったものであるといった事情が存することから、相互に一定の関係性や関連性を認め得るとすることが可能となるものである。しかし、関連性の検討に当たり、このような点を十分に意識して論じられているといえる答えは少数にとどまり、当然のように関連性が認められることを前提としている答えや、逆に「甲の自白（の獲得手続）は違法であるが、乙の自白は任意になされているので、関連性がない。」と簡単に断じる答えなども、少なからず見受けられた。

関連性の密接度の検討に当たっては、特に、希釈要因となり得る事情の検討が重要である。この点では、甲の供述獲得から本件文書及び本件メモの押収までの過程に、乙の任意性のある自白が介在している点とともに、前記最判平成15年の判示を踏まえれば、二度の令状審査・発付（乙に対する逮捕状、Hマンション705号

室に対する搜索差押許可状)が介在している点が問題となる。これらの点は、比較的多くの答案において何らか言及されていたが、関連性の希釈要因として文字どおり言及ないし摘示される程度の論述にとどまっているものが多く、これらの介在事情が派生証拠の証拠能力判断においてどのような意味を有するものかを掘り下げて検討・論述できていた答案は、少数にとどまった。

なお、少数ながら、〔設問2〕前段について、いわゆる「反復自白」の問題として、検討・論述がなされている答案が見られたが、設問の事例に表れた具体的事実の把握を誤ったものというほかない。

〔設問2〕後段については、本件文書及び本件メモの証拠能力に関し、伝聞法則の適用の有無が問題となることは、おおむね理解されていた。ただし、極めて少数ではあったが、想定される要証事実の検討のみに終始し、伝聞の問題を含めて本件文書及び本件メモの証拠能力に関して一切言及がなかった答案も見受けられた。また、本件文書については、伝聞証拠該当性を一切検討することなく、当初から非供述証拠として扱い、関連性の問題等を検討している答案も見受けられた。

まず、本件文書及び本件メモのような書面が伝聞証拠に当たるか否かについては、要証事実との関係で書面の記載内容の真実性（書面に述べられたとおりの事実の存在）が問題となるか否かを検討する必要があるが、この点は、おおむね理解されていた。ただし、この点を含め伝聞証拠の定義を示すに当たり、内容の真実性の証明に用いられるのは「原供述」、信用性を吟味できないのも「原供述」、伝聞証拠として排除されるのは原供述を含む「公判供述」「書面」という関係が正確に表現できていない答案は殊の外多かった。内容の真実性が問題となるか否かについて、丙と乙との共謀を立証するための証拠として用いられる場合の具体的な要証事実を検討して当てはめる段階では、これを適切に行えた答案とそうでない答案とに大きく分かれた。具体的には、本件文書及び本件メモの体裁や記載内容、設問の事例の具体的事実関係を踏まえて、本件文書及び本件メモのそれぞれについて、丙と乙との共謀を立証するために、各証拠によってどのような事実を立証しようとするのかを具体的に考察し、その事実を立証するためには、各書面に記載された記載内容が真実であることが問題となるかどうかを検討して、適切に結論を導いた答案が見られた一方で、抽象的に「丙と乙との共謀」が要証事実であるとするのみで、それ以上具体的な検討を行わなかった結果、伝聞証拠該当性についても十分な検討を尽くせなかった答案が見られた。また、「想定される具体的な要証事実を検討して」とは、事例中に記載されている「丙と乙との共謀を立証するため」という検察官の証拠調べ請求の狙いを前提に、本件文書及び本件メモを用いて、「丙と乙との共謀」の立証に有用な（その間接事実となる）事実を証明しようとするれば、それぞれどのような事実が想定されるかを検討せよとの意味であるが、それを誤解し、「丙と乙との共謀を立証するため」という検察官の狙い自体を「立証趣旨」と見た上で、丙の公判における争点との関係で、このような立証趣旨を掲げることの当否を検討するというほとんど意味のない作業に労を費やした答案が少なからず見受けられた。

本件文書については、比較的多数の答案が非伝聞との結論に至っていたが、その論述については、本件文書の記載と実際になされた本件犯行態様とが一致すること及び本件文書から丙の指紋が検出されたことといった設問の具体的事実関係を検討した上で、本件文書を犯行計画を記載した文書（いわゆる犯行マニュアル）とし、

その存在自体が謀議の存在及び丙の関与を推認させる事実となるため、その記載内容の真実性が問題となるものではないとして非伝聞との結論を適切に導くことができたものから、本件文書は犯行マニュアルであるとするが、例えば、丙の指紋が付着していたことに言及がない等具体的な事実関係の検討が不十分なもの、丙と乙との共謀を立証するための具体的な要証事実の検討を十分になさないまま、「本件文書は犯行マニュアルであるので、非伝聞である。」と結論付けるものなど、多岐にわたった。

次に、本件メモは、丙から乙に対して電話で一定の内容の指示がなされた事実を、乙が知覚、記憶し、それをメモの形で表現、叙述したものである。本件メモを丙と乙との共謀を立証するために用いる場合には、本件メモのとおり、丙から乙に対してそこに記載されたような指示がなされたことが要証事実となり、本件メモは、記載内容の真実性の証明に用いられることとなるから、乙の供述書の性質を有する書面として、伝聞証拠に当たることになる（要証事実を推認するには、乙の知覚、記憶、表現、叙述に誤りがないかが問題となる。）。しかし、答案では、これを非伝聞とするものが予想外に多く見受けられた。中でも比較的多く見られたのは、本件メモについて、いわゆる「心理状態を立証するものである」として非伝聞証拠とするものである。しかし、乙が作成した本件メモに叙述された心理状態は、乙の心理状態（意図・計画）でしかなく、本事例の丙の公判において立証されなければならないのは、丙の関与（そのための丙と乙との共謀）であるから、心理状態の供述を記載した書面を記載内容どおりの心理状態の証明に用いる場合、非伝聞として扱うことができるとしても、丙の関与を立証する上で、乙の心理状態を立証することによどのような意味があるかが問題となり、それが無いとすれば、そのような事実を要証事実として本件メモを非伝聞とすることは許されないことになる。上記のような答案は、要証事実との関係を意識した検討がなされたか、疑問を感じさせる例である。非伝聞とする理由付けは、他にも様々に見られたが、例えば、「本件メモは、乙が丙との電話で聞いた内容をそのまま書き取ったものであるから、知覚・記憶・表現・叙述の過程に誤りが混入するおそれが認められない」ということを理由に挙げて非伝聞とするもののように、そもそも伝聞法則及び伝聞証拠の意義の正確な理解を欠いているのではないかと疑わせるものも見られた。

本件メモが伝聞証拠に該当する場合、伝聞例外の要件を満たすかどうかを検討すべきことになるが、伝聞証拠に該当することから直ちに証拠能力が認められないとする答案も僅かながら見受けられた。本問では、丙から乙に対し本件メモに記載されたような指示がなされたことを要証事実とする場合、本件メモは、被告人（丙）以外の者（乙）の供述書となることから、刑事訴訟法第321条第1項第3号の書面となり、伝聞例外の要件としては、①供述不能、②証拠の不可欠性、③絶対的特信状況が必要となるが、この点を適切に検討できていた答案は、思いの外少なかった。その他には、刑事訴訟法第323条各号の書面に該当するかを検討していた答案や、本件メモ中の丙の発言部分を問題として同法第322条や同法第324条の適用を検討する答案、本件メモの写しが検察官調書に添付されていることから同法第321条第1項第2号の適用を検討する答案などが見受けられた。

答案全体の印象としては、個別の論点ごとの論述をいわば切り貼りしたのみで、全体の論理的整合性を意識できていないものや、なぜその問題を取り上げ論じるの

かについての意識が不十分で、検討・論述が一通りあっても表面的なものが少なくなかったが、中には、限られた時間の中で、問題点を的確に捉え、これに応えつつ簡潔にまとめられている答案も見られた。また、問題文の読み間違いに起因するものと思われる誤った事実関係を前提に論述している答案が少なからず見受けられた。その背景には、とにかく知っている論点を探してそれに飛びつくというような答案作成姿勢が影響を及ぼしているのではないかが懸念された。

なお、本年も、複数の考査委員から、容易に判読できない文字で記載された答案が相当数あったとの指摘があったことを付言する。

3 答案の評価

「優秀の水準」にあると認められる答案とは、〔設問1〕については、事例中の各捜査の適法性について、いかなる法的問題があるかを明確に意識し、強制処分と任意処分の区別、任意処分の限界について、法律の条文とその趣旨、基本的な判例の正確な理解を踏まえつつ、的確な法解釈論を展開して基準を示した上で、【捜査①】及び【捜査②】のそれぞれについて、個々の事例中に現れた具体的事実を踏まえつつ、強制処分と任意処分の区別については、各捜査によって制約される権利・利益の内容・重要性を明らかにして、また、任意処分の限界については、被制約利益の把握を前提に、そのような捜査を行う必要性をさらに具体的に明らかにして、上記基準を適用し、結論を導くことができた答案であり、〔設問2〕については、設問前段では、問題の所在・構造を的確に把握した上で、甲の供述（自白）獲得手続の問題点について、自白法則の解釈にも照らしつつ検討を加え、さらに、判例の理解を踏まえつつ、派生証拠の証拠能力の判断枠組みを示した上で、特に関連性の希釈要因について、具体的事例に即して提示・検討し、結論を導いた答案、設問後段では、伝聞法則の正確な理解を前提に、本件文書及び本件メモのそれぞれについて、「丙と乙との共謀を立証する」ために用いる場合の要証事実を具体的に検討・提示した上で、伝聞か非伝聞か、伝聞であれば伝聞例外に当たるかを検討できた答案である。しかし、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、各捜査の適法性を検討するに当たって検討をすべき問題点に関し、判例を踏まえた法解釈を行い、一定の基準を示すことはできていたが、必要な理由付けに不十分な点が見られたり、事例の具体的事実を踏まえた検討は一応できてはいたが、【捜査①】及び【捜査②】のそれぞれにより制約される権利・利益の把握、その重要性の評価、任意処分の限界において考慮される捜査の必要性に関わる事情の把握等において、ポイントとなる事実の抽出や踏み込んだ分析にやや物足りなさが残るような答案であり、〔設問2〕については、それぞれの問題について、証拠法の基本原則に対する基本的理解を前提とした一応の論述がされているものの、設問前段では、甲の供述（自白）獲得手続の問題点の検討、判例をも踏まえた派生証拠の証拠能力の判断枠組みの提示、関連性の希釈要因の提示・検討のいずれかに不十分さも残るような答案、設問後段では、伝聞・非伝聞の検討は一応できているが、伝聞例外の検討に不十分さを残したり、具体的な要証事実の捉え方ないし表現に不十分さを残すような答案である。

「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、一応の法的基準は示されているものの、問題の位置付けや結論に至る過程が十分明らかにされていなかったり、【捜査①】及び【捜査②】のそれぞれにより制約される権利・利益の把握が抽象的で、重要性の評価の理由付けが不十分であったり、任意処分の限界において考慮される捜査の必要性に関わる事情として事案の重大性や嫌疑の程度等を機械的に挙げるにとどまるものなど、具体的事実の抽出や当てはめに不十分な点があったり、法解釈について十分に論じられていない点がある等の問題はあつたものの、事例に対し一応の結論は導き出すことができていた答案であり、〔設問2〕については、それぞれの問題について、一応の論述がなされているものの、例えば、設問前段では、不起訴約束により得られた自白が不任意自白とされる理由を十分に検討することなく、甲の自白の任意性を否定した上、そこから直ちに取調べも違法であるとしたり、派生証拠の証拠能力の十分な判断枠組みを提示しないまま、乙の自白に任意性が認められること等希釈要因の一部を挙げて、関連性が弱いと結論付けるなど、結論を導くに至る検討に不十分さが目立つものであり、設問後段では、本件文書、本件メモの伝聞・非伝聞について、一応の結論は導かれているものの、「具体的な要証事実を検討して」の意味が十分に理解されていないとうかがわれるものや、本件文書については、具体的事例を踏まえて、非伝聞との結論が導いているが、本件メモについては、具体的な要証事実の検討が不十分のまま、心理状態を立証するものであるなどとして、非伝聞との結論を導くなど、設問の要求あるいは事案に照らし、検討の不十分な点も目立つような答案である。

「不良の水準」と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、強制処分と任意処分の区別につき、判例の示す規範を挙げつつ、【捜査①】及び【捜査②】のいずれについても、被処分者の知らない間に行われていることを理由に、「意思の制圧」がないとして任意処分と結論付けた上、抽象的な捜査の必要性を過度に強調して適法と結論付けるような答案、〔設問2〕では、設問前段につき、甲の供述獲得手続に何らの問題もないとするような答案、設問後段につき、本件文書及び本件メモについて、いずれも具体的要証事実を挙げて伝聞証拠該当性を検討することなく、非伝聞証拠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、論理的で筋道立て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 of 捜査・公判の過程を俯瞰し、刑事手続の各局面において、各当事者がどのような活動を行い、それがどのように積み重なって手続が進んでいくのか、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27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、破産管財人の換価業務に関する具体的事例を通じて、破産手続における否認権行使の要件・効果、所有権留保の法的性質やその対抗要件等に関する正確な理解と問題解決能力を問うものである。採点の主眼は、設問1及び2ともに、判例を踏まえた上で、考え得る法的構成を検討した上で、問題点を的確に抽出し、それぞれの主張について説得力をもって自説を展開することができるかどうかにかかれている。

第2問は、具体的な事例を通じて、民事再生手続における担保権消滅許可制度及び届出がされなかった再生債権の取扱いについての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については、担保権消滅許可制度の趣旨や要件を正確に摘示した上で、申立ての許否を説得的に論じることができるかどうか、設問2については、届出のされなかった再生債権の民事再生法上の取扱いについて問うものであり、同法178条の原則と、同法181条の例外的取扱いについて、条文の正確な理解と事例への丁寧な当てはめができるかどうかにかかれている。

- 3 採点実感等

- (1) 第1問

- ア 設問1

- (ア) 設問1において、Xが本件売掛金の返還を求めるためには、債権譲渡又は対抗要件具備を否認する必要がある、そのための否認の構成として偏頗行為否認及び対抗要件否認を挙げた上で、それぞれについて検討することが求められる。

答案においては、詐害行為否認について論じている答案が多く見られ、偏頗行為否認と対抗要件否認のいずれか一方のみを論じている答案も少なくなかった。詐害行為否認の検討をしている答案については、法律上、詐害行為否認の対象から担保の供与が明確に除外されており、本件の債権譲渡が集合債権譲渡担保として行われていることを十分に理解していないと言わざるを得ない。偏頗行為否認と対抗要件否認のいずれか一方のみを論じている答案については、考えられる法律構成を広く論じることが求められる問題の意図に十分応えたものとは言い難く、高い評価を受けることができなかった。

また、本件債権譲渡契約について、集合債権譲渡担保ではなく、弁済行為（代物弁済を含む。）であることを前提として論旨を展開している答案や、別除権であるから否認できないとするものが相当数あった。担保供与も否認対象行為に該当し得るものであって、基本的な事項についての理解が不十分

であると感じられた。

さらに、否認権の一般的要件に全て言及し、各要件について広く浅い検討を行った結果、主要な論点に関する論述が薄くなり、低い評価にとどまった答案が存在した。問題において求められているのは、論点を過不足なく把握した上で、主要な論点について深く掘り下げた検討を行うことであり、関連する可能性のある条文を網羅し、その要件を広く浅く検討することで高い評価を得られるものではないことに留意すべきであろう。

- (イ) 偏頗行為否認との関係では、Y社との債権譲渡契約が「支払不能になった後」にされたものではなく、停止条件の成就そのものを「破産者の行為」と見ることも困難であることから、形式的には偏頗行為否認の要件を満たさない点を指摘しつつ、偏頗行為否認の趣旨を踏まえ、本件の債権譲渡が破産法上の否認の趣旨を潜脱するものではないかという問題意識に触れることが求められる。

偏頗行為否認を検討している答案の多数は、Y社との債権譲渡契約が「支払不能になった後」にされたものではなく、形式的には偏頗行為否認の要件を満たさないことを指摘しており、問題点については基本的に把握していると感じられた。その上で、「破産者の行為」が何かを検討し、破産法上の否認の趣旨を潜脱するものとして結論を導き出している答案は高く評価された。

他方で、債権譲渡契約の締結が支払不能後にされたものではないことに言及し、そこから直ちに偏頗行為否認を否定する答案も思いの外多かったが、検討不足と言わざるを得ない。また、否認権対象行為の対象を正確に把握できていないのではないと思われる答案も相当数存在した。

さらに、①本件債権譲渡契約の有効性、②支払不能や支払停止の定義や趣旨、③Y社がA社を代理して債権譲渡通知を行っていた点などを主要な論点と考え、論述の大半を割いている答案などがあつたが、いずれも詳細に論ずべき主要論点ではなく、こうした点について詳細に論じ、主要な論点についての検討が薄い答案は低い評価にとどまった。なお、本件債権譲渡が「既存の債務」についてなされたものではないとして直ちに偏頗行為否認を否定する答案も見られたが、判例の考え方も踏まえ、もう少し丁寧な検討をすべきであった。

本問は、最高裁の判例を踏まえたものであり、この判例の考え方を踏まえる必要があるが、判例について触れている答案はごく少数にとどまった。

- (ウ) 対抗要件否認との関係では、「権利の設定、移転又は変更があつた日」(15日の起算日)をいつと考えるかが問題となることを理解した上で、この期間は、権利移転の原因たる行為がなされた日ではなく、当事者間における権利移転の効果が生じた日から起算すべきであるとする判例等を踏まえて論ずることが求められる。

対抗要件否認について論ずる答案は、ほとんどのものが15日の要件について言及し、その起算日をいつと考えるかが問題となることを理解していた。ただし、答案の中には起算日を契約時と解して簡単に対抗要件否認を認めているものや、逆に、起算点を効力発生時と解して対抗要件否認を否定するも

のの、その理由については論じていないものなども散見され、これらの答えは十分な評価を得ることはできなかった。

また、起算点を債権譲渡の効力発生時と解しつつも、対抗要件否認を認めるという結論に導くため、信義則等の一般法理に基づく解釈論を展開している答案も見られたが、無理に否認を認める必要はないのであり、対抗要件否認の趣旨を踏まえた客観的で丁寧な検討が求められるところであった。答案には、問題点を的確に把握した上で、債権譲渡の効力が発生しないと対抗要件の具備ができないことなどを指摘しつつ、対抗要件否認の趣旨や判例を踏まえた検討を行っているものもあり、このような答案には高い評価が与えられた。

- (I) なお、問題文を読めば明らかであるとおりに、本設問及び設問2においては、予想される反論も踏まえて論じることが求められているにもかかわらず、主張と反論という形で整理して自己の解釈を展開することなく、最初から最後まで単線的に自己の見解を展開している答案が少なからず存在した。高い評価を受けるためには、問題文をよく読み、求められる形で論述を展開することが必要であることを改めて強調しておきたい。

イ 設問2

- (ア) 設問2については、まず、前提として、所有権留保が、破産手続においては別除権として扱われることを理解していることが求められる。

この点については、大方の受験者が理解しているものと期待していたが、実際には、半数をはるかに超える答案が、所有権留保は、破産手続上、取戻権になると論述しており、所有権留保が非典型担保であるという基本的な理解が欠如していることに驚かされた。また、担保権的構成を採れば登記が不要であると誤解している答案も散見された。

- (イ) 次に、登記・登録が必要な物権変動については、破産手続開始前に登記・登録を具備していなければ、破産手続との関係では、破産管財人に対してはその効力を主張することができないこと（破産管財人の第三者性）を指摘する必要がある。

この点、多くの答案は、破産管財人の第三者性に触れ、第三者対抗要件の具備が必要であるとしていたが、そこから直ちに引渡し請求はできないと結論付けている答案が圧倒的多数であった。また、答案の中には、Z社とC社が系列会社であるから一体として見ることができ、C社の登録でZ社も第三者対抗要件を具備していることになると論じるものや、期限の利益喪失条項の有効性について詳細に論じているものも散見されたが、低い評価にとどまった。

- (ウ) 本問では、所有権留保の法的性質（物権変動の有無を含む。）や留保所有権の被担保債権をどのように解するかによって対抗要件の要否が異なり得ることを指摘した上で、判例を踏まえ、A社、C社及びZ社の三者間契約の合理的解釈を行う必要があり、これが中心的な論点となる。

しかしながら、そもそも、被担保債権の性質により対抗要件の要否が異なり得るという点を認識し、留保所有権の被担保債権は立替金債権となるのか、代金の立替払いによる代位の効果として留保所有権が代金債権とともに移転

するのかといった点を論じている答案はごく少数にとどまった。判例を踏まえた上で、A社、C社及びZ社の三者間契約の合理的解釈を行い、X及びZ社の各主張の当否について検討している答案の数は更に限られたものであったが、こうした答案は高く評価された。

本問は、判例百選にも掲載されている最高裁判例をベースにしたものであり、多くの答案において、少なくとも所有権留保の法的性質や破産管財人の第三者性は当然の前提とした上で、被担保債権の性質についての検討までは到達するであろうと予想していたが、受験者の基本的な事項についての知識や理解が思った以上に欠如していることを実感させられる結果となった。

(2) 第2問

ア 設問1

- (ア) 設問1は、民事再生手続における担保権消滅許可制度の理解を問うものであり、申立ての許否を論じることが求められているので、まずは、担保権消滅許可制度の要件を正確に理解することが必要となる。

担保権消滅許可申立ての要件は、①再生手続開始の時に再生債務者の財産につき民事再生法第53条第1項に規定する担保権が存すること、②当該財産が再生債務者の事業の継続に欠くことのできないものであること(不可欠性要件)である。このうち、①については検討をしていない答案が少なくなかったが、基本的な要件であり、詳細に論じる必要はないものの、その要件該当性については触れる必要がある。また、①の検討を行っていないながら、Cの抵当権のみが消滅許可の対象となるとの誤った指摘をしている答案も散見された。なお、財産の価額に相当する金銭を裁判所に納付することは、担保権消滅の実体的効果が生ずるための要件であって、担保権消滅許可決定の要件ではないが、この点を混同している答案が少なくなかった。

- (イ) 次に、本事例では担保権の消滅が必要であるものの、対象財産が売却予定財産であるので、不可欠性要件を充足するかどうかを主要論点として提示した上で、本事例の事実関係に即した当てはめを行うことが求められる。

この点、ほとんどの答案が不可欠性要件を充足するかどうかを主要な論点であると把握し、条文も指摘した上で、事例に則して不可欠性要件の存否を検討していた。答案に差がついたのは、担保権消滅許可制度の趣旨を踏まえて、不可欠性要件の判断基準を示し、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をすることができたかどうかであり、同要件が別除権者の利益(不可分性ないし換価時期選択権)を制約するための要であることを理解し、かかる観点から当該要件の解釈論を論理的かつ説得的に展開している答案については、高い評価が与えられた。

他方、多くの答案は、不可欠性要件の意義について特段の検討を加えることなく、事業再生の観点から同要件を「柔軟に」又は「総合的に」解釈すべきであるなどとした上で、再生計画履行のために担保権消滅が必要であることを理由に担保権消滅許可の申立てを認めるとの結論を導いていた。このような答案は、不可欠性要件の意義について検討を加え、一定の解釈の指針を示した答案と比較すると、相対的に低い評価とならざるを得なかった。

また、不可欠性要件の文言を厳格に解釈すべきであるとの解釈論に立ちつ

つ、当てはめの段階で、本件では不可欠性要件を満たすと結論付ける答案や、不可欠性要件の判断基準を論じつつ、当てはめの段階でその基準を使っていないものも散見された。当てはめの段階では、論理的一貫性に留意しつつ、丁寧な論述を行うことが求められる。

イ 設問2

- (ア) 設問2については、①E及びFの債権は再生債権であり、届出はされていないこと、②本事例では再生計画認可の決定が確定しており、その場合には民事再生法の規定する例外事由に該当しない限り、再生債権は免責されるということが前提となる。

本設問は、E及びFの債権が再生債権であって、再生計画に定めがないので原則免責になり、その例外として同法第181条が定められていることが理解できれば、概ね解答できる設問であると考えられたが、こうした基本的な前提事項が十分に理解できていない答案が相当数あった。例えば、答案の中には、Eの債権を劣後的再生債権とするもの、Fの債権を共益債権、開始後債権又は非免責債権とするもの、Fの債権は「再生手続開始前の罰金等」に当たるとするもの、すでに付議決定がされているのに届出の追完ができるものなどが散見された。

- (イ) Eの有する本件売掛金債権については、自認債権制度の趣旨に則して同法第101条第3項の「知っている」という要件の意義を明らかにした上で、本事例に則して説得的に論述し、その取扱いについては、一般的基準に従った変更がされること及び弁済期間満了時まで弁済を受けられないことをFの債権への弁済との対比を意識しつつ論じることが求められる。

答案の中には、「知っている」との上記要件の意義について検討し、解釈指針を示した上で、本件の事情がこれに該当するかどうか論述したものと、その意義について検討することなく、本件の事情が「知っている」に該当するかどうかを平板に論述したものがあり、前者が相対的に優良と評価された。

また、過失又は重過失により知らない場合も「知っている」に含まれるとした答案が少なからずあったが、大方はその論拠を説得力をもって示すことができていなかった。答案の中には、認否書作成ときに債権を失念していたことを理由に上記要件を充足しないとしたものも散見されたが、そのような答案は不良と評価された。

さらに、Eの債権の弁済については、再生計画の弁済期間満了時まで弁済を受けられないこととなるが、これが指摘できていない答案も少なからずあった。

- (ウ) Fの有する本件損害賠償請求権については、「その責めに帰することができない事由により債権届出期間内に届出をすることができなかった」かどうかが主な論点であり、「責めに帰することができない事由」の解釈を示しつつ、本事例に則した検討をすることが求められる。さらに、Fの債権について、一般的基準に従った変更がされること及び再生計画による弁済がなされることを論述する必要がある。

Fの債権について、答案には、関連条文を挙げ、「責めに帰することができない事由」の意義について検討し、解釈指針を示した上で、本件の事情が

これに該当するかどうか丁寧に論述したものと、その意義について検討することなく、直ちに当てはめを行って本件の事情がこれに該当すると結論付けるものがあり、前者の答案が相対的に優良と評価された。

Fの債権については、再生計画による弁済がなされることとなる。この点を正しく理解している答案も多かったが、Eの債権と取扱いが異なることを意識せず、Eの債権と同様の取扱いがされる旨の論述をしている答案も少ないながら存在した。

4 今後の出題について

今後も、特定の傾向に偏ることなく、基本的な事項に関する理解を確認する問題、具体的な事案から論点を抽出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、判例及び学説を断片的・概括的ではなく、その趣旨に遡って理解をした上で、倒産法の体系の中で相互に関連付けて把握することが重要である。その上で、具体的な事例の検討に当たっては、習得した基本的な知識を応用し、与えられた事実関係を把握・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、民事執行法、民法等についての知識・能力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。

法科大学院に対しては、こうした点にも配慮しつつ、上記の知識習得や能力涵養を実現するための教育を期待したい。

平成27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、当該論点に関する最高裁判例を正しく理解した上で、その判断基準を本問の事実関係に適用して説得力のある論述ができているかどうかという観点から採点した。

本問のAは、弁護士であるが、B株式会社（以下「B社」という。）の法務部長として勤務していたいわゆる企業内弁護士である。AのB社における勤務関係は雇用契約に基づくものと解されるから、本件約定金及び本件報奨金（以下、併せて「本件各金員」という。）の所得税法上の所得の種類を考えるに当たっては、一般の従業員の場合と特段異なる考慮をする必要はない。この点に関し、Aが弁護士であることから、本件各金員が事業所得（所得税法第27条第1項）に当たるかどうかを長々と検討する答案が少なからずあったが、本問においては、この論点に深く立ち入る必要はない。

本問においては、本件各金員が退職所得（所得税法第30条第1項）に当たるかどうかの主として問題となる。従業員が退職に際し支払を受ける金員が退職所得に当たるかどうかについては、最高裁昭和58年9月9日第二小法廷判決（民集37巻7号962頁〔5年退職金事件〕）及び最高裁昭和58年12月6日第三小法廷判決（判例タイムズ517号112頁〔10年退職金事件〕）がその判断基準を明快に説示しており、これらは、上記の論点に関する基本的な判例である。設問中の「関係する最高裁判例」とは、上記各最高裁判決をいうものである。この点に関し、設問において、関係する最高裁判例に言及することが求められているにもかかわらず、最高裁判例に言及していない答案が予想以上に多かった。そのような答案の中には、上記各最高裁判決で示された判断基準自体は記載しているものの、それが最高裁判例によって示されたものであるとの指摘を欠くものもあった。こうした答案を含めて、設問の指示に従わない答案は、大きな失点を免れないから、問題文はくれぐれも良く読んでほしい。

上記各最高裁判決は、所得税法第30条第1項の文理及び退職所得に対する優遇課税の立法趣旨に照らし、退職所得該当性についての判断基準を示したものである。上記判断基準については、多数の答案において同旨の記載がされ、退職所得に対する優遇課税の立法趣旨についても、多数の答案において言及されていた。ただし、これらの答案の中には、同項が退職所得につき「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与」と「これらの性質を有する給与」の二つの類型を規定しているにもかかわらず、その点についての言及を欠くものが相当数あった。租税法の解釈においては、文理が基本となるものであるから、答案においても、当該規定がどのような定め方をしているのかをしっかりと押さえた上で論述する必要がある。

本件約定金は、Aが当初の契約で定められた勤務期間終了時にB社から支払を

受けた一時金であり、上記各最高裁判決の判断基準に照らし、AのB社における勤務関係が平成25年3月31日をもって一旦終了したと見ることができるのかどうか、仮にこの点を消極に解する場合には、本件約定金が所得税法第30条第1項にいう「これらの性質を有する給与」に当たるかが問題となる。答案においては、本件約定金は退職所得に当たるとするものが多かったが、給与所得に当たるとするものも相当数あった。退職所得に当たるとする答案の中では、AのB社における勤務関係が平成25年3月31日をもって一旦終了したと認められるとするものと、上記の勤務関係の終了は認められないが「これらの性質を有する給与」に当たるとするものに分かれ、後者の方が比較的多数であった。

本問の事実関係の下で、本件約定金が退職所得に該当するのか給与所得に該当するのかについては、いずれの見解も成り立ち得るところであるので、結論にかかわらず、本問の具体的な事実関係に即して論理的な論述がされているかどうかという観点から採点した。その際、上記各最高裁判決が事例判断を示したものであるので、本件と上記各最高裁判決の事例との比較が適切にされているものについては、より高い点数を与えた。その一方で、退職所得該当性の判断基準については、上記各最高裁判決の文言どおりの記載をしながら、具体的な当てはめの場面では、その判断基準を正しく理解しているとは思えないような答案も散見された。こうした答案については、最高裁判例について表面的にしか理解していないものとして、採点においては低い評価を与えざるを得ないものである。

本件報奨金は、各事業年度において功績の特に顕著であった従業員に対して報奨金を支払うというB社の報奨金制度に基づいて支払われたものであり、退職によって初めて給付される性質のものではないから、上記各最高裁判決の判断基準によれば、退職所得該当性は否定されることになろう。他方、本件報奨金は、雇用契約に基づき提供された労務の対価として給付されたものとして、給与所得(所得税法第28条第1項)に該当するものと解することには問題はないであろう。答案においても、本件報奨金は給与所得に当たるとするものが圧倒的に多数であった。ただし、これらの答案の中には、本件報奨金の退職所得該当性を一切検討していないものも少なくなかった。本件報奨金が退職に際して支払われた一時金であることからすれば、退職所得該当性についての検討を一切していない答案は、必要な検討を欠くものとして、その分の失点は免れないものである。

第1問の採点の結果、「優秀」又は「良好」に分類される答案の数が多かったが、その一方で、「一応の水準」にも達しない答案の数も少なくなかった。本問は、退職所得該当性に関する基本的な最高裁判例を正しく理解していれば、答案の書きやすい問題であったから、その理解ができている者においては、高得点が得やすかった反面、そのような理解ができていない者においては、適切な論述をすることが難しかったということであろう。

(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、関連条文の解釈適用能力及び事実に対する評価能力を重視して採点した。ただし、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。採点結果の実感は以下のとおりである。

全体の実感として、まず、記述のバランスの悪い答案が予想以上に多く存在し

た。本問では記述すべき事項が多い。そのため、余事記載が多かったり、特定の事項のみを多く記述すると必然的に他の事項の記述が少なくなり、その事項の記述に与えられる点を得られなくなる結果となる。結果的にみると、全体をバランス良く書いている答案は総じて高い評価を得ており、内容的には短くてもポイントを押さえた答案は一定の評価を得たが、他方、論点相互の記述に大きな落差があったり、未完成だった答案は総じて低い評価となった。

次に、最高裁判例に言及しない答案が予想以上に多く存在した。本問では二つの有名な最高裁判例があり、解答においても、当然これらに言及されるものと予想していたが、二つの判例の両方に言及していた答案はほとんどなかった。法律家にとって関連する最高裁判例を前提とすることは当然であって、無視することは許されないものである。有名な判例については答案で言及すべきである。

次に各設問について言及する。

設問1のうち源泉徴収制度の概要について、制度の内容などについて正確に説明できていない答案が多かった。例えば、「徴収する制度」、「受給者に代わって納税する制度」、「給与所得者」に関する制度、個人事業者に適用されない制度などとするものである。

制度の理解は基本であるので、正確に表現できるように留意すべきである。

答案では、次に給与所得と事業所得の定義とその区別の基準を明らかにした上で、その基準に基づきA、B、Cの所得の種類を判断し、源泉徴収の要否を判断することになる。最高裁昭和56年4月24日第二小法廷判決（民集35巻3号672頁）は「給与所得とは雇傭契約又はこれに類する原因に基づき使用者の指揮命令に服して提供した労務の対価として使用者から受ける給付」としているから、これを前提とする限り、給与所得かどうかを判断するには支払者と受給者との間の法律関係が何かをまず検討する必要がある。この点は、設問においても、「それぞれについてY社との間の法律関係に留意しつつ検討しなさい。」と明示していたところである。また、その法律関係が同じ委任ないし準委任契約でも所得の種類が給与所得と事業所得とで分かれる場合にはその理由について説明する必要があった。

しかし、給与所得及び事業所得の説明と区別について、定義を記述していない答案が予想以上に多く存在していた。ただ事実だけを摘示してからA、B、Cの所得の種類について結論のみを記述するだけで、定立した基準に基づき事実を評価して結論を導くという基本的な思考のプロセスを示していない答案が予想以上に多く存在していた。本問の特にCについては給与所得に該当することが明らかな事案ではないから、給与所得や事業所得の定義をしないでいきなり事案について判断することはできないはずである。結論のみを記述するだけでは説得力が全くないことに留意すべきである。

事実を法的に分析して結論を導くには法的三段論法という形式にのっとった思考のプロセスが必要不可欠であり、答案でもそのような思考をする能力があることを示さなければ高い評価を得ることはできない。答案においてはもっと「法的な分析、構成及び論述の能力を有する」（司法試験法第3条第2項）ことをアピールすることが重要である。

次に、A、B及びCに関する源泉徴収の可否について、まず、そもそも法律関

係の内容を説明していない答案が予想以上に多く存在した。法律関係に留意することにした出題の意図を把握できていなかったものと思われた。

また、Aについて「委任だから」給与所得であるとしながら、Cについて「委任だから」事業所得であるとするような、Aに関する説明の論理とCに関する説明の論理が一貫していない答案もあった。

答案の中には、Aについて、「役員（法人税法第2条第15号）に該当するから」、「役員報酬（法人税法第34条第1項）に該当するから」、「定期同額給与（同項第1号）に該当するから」、「定期同額給与に該当し損金に算入されるから」給与所得（所得税法第28条第1項）に該当するという趣旨の説明しているものがあった。

しかし、一般に法人税法の規定に該当すれば所得税法第28条第1項の給与所得に該当するということはできないので、上記の説明は所得税法第28条第1項を解釈適用する思考としては誤っている。また、損金に算入されることを根拠とすることは、読む側に損金に算入されない場合は給与所得にならないと考えているのかという疑問を抱かせることになり、やはり説得力に欠けるものといえる。

同様に、毎月定額の金員を受け取っていることを理由に給与所得に当たると説明する答案も、ピアノ教室で生徒を教えて定額の月謝を受け取っている場合など、毎月定額の金員を受け取っている場合は他にもいろいろあり得るが、その全てを給与所得であると考えたのかという疑問を抱かせる。

理由を考える場合、それを一般化した場合には疑問が生じないかを考慮する必要がある。一般的にそのような判断をすると他に多くの不合理な事案が発生するような場合には、当該事案の説明としては一応筋が通る場合であっても、理由の内容に対して読む側に疑問を感じさせる結果となる。それでは結論に対して説得力に欠けることになるので注意が必要である。

Cについては、「顧問契約」の性質を明らかにしている答案が余りなかった。

「顧問契約」というだけではそれがどのような性質の契約なのかが明らかにならないので、当事者間の法律関係を明らかにしたことはないというべきである。

またCは（それから設問2のDも）、Bとは異なりYと雇用契約を締結したわけではなく、またAと異なりYの機関でもない。Cは（それからDも）Yとは独立した経済主体である。そのためCが受け取る顧問料は事業所得と評価されてもおかしくないはずである。そのような事情があるにもかかわらず、顧問料を給与所得と判断する以上は、「事業所得ではなく給与所得であること」を説明しないと説得力に欠ける。逆に、顧問料を事業所得と判断するには、上記最高裁判決（弁護士顧問料事件）がある以上、「給与所得ではなく事業所得である」ことを説明しないと説得力に欠ける。

したがって、Cについてはいずれにしても給与所得と事業所得について言及する必要があった。

さらに、Cについて、依頼された法律相談などでCが時間を拘束されているので給与所得であると評価する答案もあった。しかし、およそ債務者は債務の履行のために時間を拘束されるのであるから、このような理由で時間的拘束を認めて給与所得であると評価すると債務者は常に給与所得者になりかねないのではない

かという疑問を抱かせる。

この点についても理由の内容について慎重に考えてほしかった。

なお、顧問料を事業所得とした場合、弁護士報酬の源泉徴収について気が付かなかった答案が多かった。源泉徴収を給与所得者固有の制度と誤解していると思われる答案が多かったことの帰結だったのかもしれないが、もう少し制度全体を広く見てほしかったと思う。

設問2については、多くの答案で自分の判断に不利に働く事情への言及が不十分であった。

例えば、「本問では、(従属性を基礎付ける事情)があるので従属性が認められる(と思われる)。しかし、(独立性を基礎付ける事情)があるので独立性が認められる。したがって、事業所得である。」あるいは「本問では、(独立性を基礎付ける事情)があるので独立性が認められる(と思われる)。しかし、(従属性を基礎付ける事情)があるので従属性が認められる。したがって、給与所得である。」という構成をしているものがあつた。

しかし、これではどちらの考え方に立っても記述する内容はほぼ一緒であり、結論に対して説得力に欠けることは明らかである。自分の判断に対して説得力を持たせるには不利な事情をただ摘示して並べるだけでは足りない。自分の判断に対して不利に働く事情の持つ意味を減殺する必要がある。不利に働く事情の持つ意味を減殺するには、このような事情があつても独立性(または従属性)を認める上で障害にならない理由を説明する必要がある。それゆえ、独立性を認める立場であれば、従属性を基礎付ける事情があつても独立性が否定されない理由について、また、従属性を認める立場であれば、独立性を基礎付ける事情があつても従属性が否定されない理由を明らかにする必要があるがあつたのである。

答案の中には、自分の判断に不利に働く事情について、創意工夫を凝らして減殺しているものもあり、このような答案の評価は高くなつた。

設問3については全体的に出来が余り良くなかつた。

本問は法人所得の計算に関して、請負契約の収益認識の時期に関する考え方について説明することを求めている。

所得税法は収入金額に算入すべき金額又は総収入金額に算入すべき金額を「収入すべき金額」(所得税法第36条第1項)と規定しているが、法人税法は益金の額に算入されるべき金額を事業年度の「収益の額」(法人税法第22条第2項)と規定している。そのため、法人税における収益の認識基準については、所得税法のように規定振りが現金受領を想起させる「収入した金額」になっていないことを根拠として結論を導くことはできない。ここに収益認識基準の法的根拠を明らかにしなければならぬという法人税固有の問題がある(最高裁平成5年11月25日第一小法廷判決民集47巻9号5278頁参照)。さらに、請負契約に基づく工事が複数年度に渡る場合、実現主義ないし工事完成基準(権利確定主義)によると引渡時に報酬を一括して収益として認識することとなるが、これでは法人の活動の実態に適合しないことから、実態に即して工事の進行度合いに応じて収益と費用の認識を認める工事進行基準(法人税法第64条)が認められていることを記述することが本問の趣旨である。

しかし、この点について正確に記述できていない答案が多かつた。中には法人

税の問題であるのに、所得税法第36条第1項の「収入すべき金額」の文言を根拠にするなど法人税法の解釈に関する基本的な理解に疑問を抱かせるような答案もあった。

特に多かったのは法人税法第22条第2項が「算入すべき金額」となっていて「算入した金額」となっていないことを根拠としたものだった。しかし、これは誤っている。所得税法第36条第1項は「その年分の各種所得の金額の計算上収入金額とすべき金額又は総収入金額に算入すべき金額は、別段の定めがあるものを除き、その年において収入すべき金額（金銭以外の物又は権利その他経済的な利益をもつて収入する場合には、その金銭以外の物又は権利その他経済的な利益の価額）とする。」とあり、ここにも「算入すべき金額」という文言が使われている。このことだけをみても「算入すべき金額」という文言から収益認識の基準の内容を具体的に導くことができないことは明白である。法人税法第22条第2項で「算入すべき金額」とされているからといってこれを根拠に収益認識の基準を導くことはできないのである。単に「すべき」という表現だけに引きずられたのであれば、所得税法上の権利確定主義の根拠に関する議論の真の理解ができていなかったことを披露してしまったことになる。

また、工事進行基準の根拠について、費用収益対応原則を挙げている答案もあった。しかし、費用収益対応原則は費用認識に関するルールであり、収益認識に関するルールではない。費用収益対応原則からすれば費用の認識を先送りにする根拠になっても、収益の認識を早める根拠にはならないと思われる。

さらに、複数年度をまたぐ請負契約について、権利確定の時期を契約成立時とする答案が少なからず存在した。しかし、仕事完成を先履行義務とする民法の建前（第633条）からすれば、契約成立時に報酬請求権を行使できないことは明らかである。また、報酬請求と引渡とは同時履行の関係にある。このようなことも踏まえて、契約成立時に税負担を認める結論が担税力の観点からみて妥当ではないのではないかとこの疑問を感じてほしかった。

なお、契約成立時に収益と認識した答案は、工事進行基準を課税の繰延べという本来の趣旨とは正反対の趣旨の制度として説明していた。

制度や原則の正確な理解は不可欠である。第2問では、制度や原則の不正確な理解を前提として誤った結論を導いている答案が目立ったように思われる。改めて制度や原則の正確な理解に留意する必要がある。

優秀と評価された答案は、解答のために直接必要でない事項の記載が少なく、問題全体について押さえる必要のあるポイントについてバランス良く、また総じて正確に記述されているものであった。良好と評価された答案は、押さえる必要のあるポイントについて総じて言及されているものの、優秀な答案に比べると、設問に関する解答のバランスが良くなかったりするものであった。一応の水準と評価された答案は、不正確・不十分な記述や余事記載もあるが、押さえる必要のあるポイントについてほぼ言及されているものであった。

不良な答案としてはまず本問の解答のために直接必要がないと思われる一般論の説明の比重が多く、出題者が求めている解答の比重が少ないものが挙げられる。次に、出題の形式を無視して解答しているものが挙げられる。例えば、最初に制度の概要を説明することを求めているのにその説明がないものや、法律関係に留

意しつつ検討することを求めているのに法律関係を明らかにしないものなどである。さらに、規範の定立と事案の評価を区別せず、事案について利益衡量的に結論を導いているものが挙げられる。最後に定立した規範について法的根拠を明らかにしないものが挙げられる。

3 今後の出題について

今後の出題についても、これまでどおり、所得税を基本としつつ、具体的な事実関係の下で租税法の基本的な条文や概念の理解とその適用能力を試す問題を出題することが望ましいと考えられる。

4 今後の法科大学院教育に求められるもの

今年も、第2問の設問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習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。

5 その他参考事項

高い評価を得た答案は、設問を良く読んで何が問われているかを的確に把握した上で、法的規範を事例に当てはめて結論を導出する能力を十分に示し、限られた時間内にバランス良く文章をまとめていた。将来の受験者の皆さんも、プロセスとしての法学学習に真摯に取り組まれる中で、このような基本的所作を身に付けていただきたい。

平成27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、内装建材甲の製造販売業者20社の担当営業部長によって構成される「甲の会」の幹部会が、20社の取引先である建材専門商社に対して、20社に含まれない甲の製造販売業者であるX社から甲を購入しないよう要請することを決定し、これに基づいて、「甲の会」の会長が、建材専門商社の担当者が一堂に会した会合においてその旨要請（以下「本件要請」という。）し、建材専門商社が協議の上で本件要請に応じ、その結果、X社において取引先を容易に見つけ出すことができなくなっているところ、本件要請について、事業者団体が「事業者に不公正な取引方法に該当する行為をさせるようにすること」（独占禁止法第8条第5号）に該当するかなどについて、見解を問うものである。

具体的には、まず、本件要請が、20社全体の合意等ではなく「甲の会」の幹部会の決定に基づいて行われている点を踏まえ、「甲の会」が事業者団体に当たるか否か、本件要請を事業者団体の行為と見ることができるか否かについて、的確に検討できているかを見た。

次に、本件要請が、建材専門商社に対して共同でX社との取引を拒絶するよう要請するものである点を踏まえ、事業者たる建材専門商社に共同の直接取引拒絶（独占禁止法第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1項第1号）をさせるようにすること（同法第8条第5号）に該当するか否か、建材専門商社の行為が一般指定第1項第1号の各要件を満たすか否かについて、矛盾なく的確に検討できているかを見た。なお、独占禁止法第8条第3号又は第1号に該当するか否かを検討する答案や、20社自身による共同の間接取引拒絶（一般指定第1項第2号）に該当するか否かを検討する答案もあったが、これらについても、事案に即してそれぞれの要件該当性を矛盾なく的確に検討できているかを見た。

最後に、本件要請が、甲に含まれる化学物質の種類等について「甲の会」が設定した自主基準をX社が遵守しないという状況で行われている点などを踏まえ、独占禁止法第1条所定の目的に対応する正当化事由が認められるか否かについて、目的の合理性及び目的達成方法の相当性の両面で、検討すべき事実を漏れなく拾いながら的確に検討できているかを見た。

第2問は、A社の計画するH社の株式取得が独占禁止法第10条第1項に違反するか否か、見解を問うものである。

まず、「一定の取引分野」については、その意義、商品市場と地理的市場との区別、範囲画定の基準としての需要の代替性及び供給の代替性に言及がなされているかが問われる。具体的に本問においては、商品市場に関しては、甲と乙とが同じ商品市場に属するか否かが問われ、地理的市場に関しては、いわゆる世界市場を画定できるか否かが問われる。それぞれについて、需要の代替性及び供給の代替性に照らして、問題文中の諸事実を適切に評価しているかが評価における着眼点となる。

次に、「競争を実質的に制限することとなる」については、まず、競争の実質的制限の意味と「こととなる」の意味の両方に言及がなされているかが問われる。また、単独行動による場合と協調行動による場合との違いを正確に理解した上で分析しているか否かも、評価における着眼点となる。本問において「競争を実質的に制限することとなる」か否かを分析するに際しては、当事会社の地位と競争事業者の状況、各事業者の市場シェアの変動が激しいこと、顧客である丙のメーカーの購買行動、丙をめぐる価格競争の影響、隣接市場からの競争圧力、甲の特性（技術革新が競争の重要な要素であること等）、本件株式取得の目的（甲の開発時間の大幅な短縮）といった諸事実が関わってくる。それぞれについて、どのような意味で「競争を実質的に制限することとなる」に関わるのか説明が求められるとともに、全体として、整合性のある説明となっているか否かも評価における着眼点となる。また、その際、当然のことながら、「一定の取引分野」との整合性も問われる。例えば、いわゆる世界市場を画定しておきながら、「競争を実質的に制限することとなる」の分析において「輸入」の容易さを問題にするのは明らかな矛盾である。

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、まず、「甲の会」が事業者団体に当たるか否か、本件要請を事業者団体の行為と見ることができるとして一通り論じている答案が多かったが、事業者団体について全く問題意識を示すことなく20社の行為についてのみ論ずる答案も相当数存在した。20社ではなくその担当営業部長によって構成されていてもなお事業者団体に当たるか否かという問題について、明示的に論じている答案は少なかった。

次に、本件要請については、独占禁止法第8条第5号に当たるか否かの問題であるとし、そうである以上、「建材専門商社の行為が」不公正な取引方法に該当するか否かを論ずることとなるはずであるにもかかわらず、具体的な違反要件の検討の場面では、「20社（又は「甲の会」）の行為が」間接取引拒絶（一般指定第1項第2号又は第2項）に該当するか否かを論ずる、という明らかな論理矛盾を犯している答案が相当数存在した。また、独占禁止法第8条第1号の要件として競争の実質的制限を論ずるに当たり、「甲の会」では価格等に関する情報交換を行っておらず、20社の間で比較的活発な価格競争が行われていることなどについての問題意識を示さない答案も散見された。

最後に、正当化事由については、目的の合理性及び目的達成方法の相当性に分けて一定程度の論述をしている答案が多かった。ただ、本件要請の目的に関して

は、「甲の会」の会長が内装建材甲全体の信用や評判に悪影響が及ぶことを恐れていたとの事実に触れることなく、「一般消費者の健康被害を防止するため」であるとするなど、事案の把握がやや不十分と見られる答案も散見された。

第2問について、「一定の取引分野」に関しては、まず、その意義や画定の基準に関する一般論は、おおむねよく書けていた。商品市場については、本問では、需要の代替性及び供給の代替性に照らして甲のみから構成されると考えるのが合理的であるが、この点はおおむねよく書けていた。地理的市場については、本問では、いわゆる世界市場と考えるのが合理的であり、実際にもそのように答える答案が多かった。ただし、丙のメーカーが世界中に分布し、それに対して世界各国に分布する甲のメーカーが甲を供給しているという事実を摘示できているか、その他の事情も踏まえて需要の代替性及び供給の代替性の観点と結びつけて説明できているかについては答案によって差があった。なお、日本の独占禁止法の保護法益の観点から世界市場は取り得ないとする答案も散見された。

「競争を実質的に制限することとなる」に関しては、まず、その一般的な解釈論についてはよく書けていたが、「こととなる」の意味に言及しない答案も散見された。また、単独行動による場合と協調行動による場合の区別については、両者を区別した上で論述する答案は比較的多かったが、それぞれの意味と違いを正確に説明した答案は少なく、両者の区別に全く言及しない答案も散見された。両者を区別する実益について議論がないわけではないが、少なくとも本問のような設定では、単独行動とは別に、協調行動による競争の実質的制限の蓋然性についても検証が必要である。

「競争を実質的に制限することとなる」の存否に関わる諸事実への言及に関しては、当事会社の結合後の市場シェアとその順位、顧客である丙のメーカーの購買行動、技術革新が競争の重要な要素であることへの言及は比較的多かった。しかし、多くの答案は平成26年の市場シェアのみに注目し、過去の市場シェアの推移に関するデータに照らして、各事業者の市場シェアの変動が激しいこと、過去の企業結合では各当事会社が企業結合前に有していた市場シェアを足し合わせた市場シェアが必ずしも企業結合後に実現していないことの意味に思いが至らなかったようである。本問では、丙のメーカーが非常時における調達経路の確保等のために複数の甲のメーカーから甲を購入していること、また顧客による調達先の変更が頻繁であり、したがって、A社とH社の市場シェアを単純に合算した数値が企業結合後にもたらされるとは限らないことに言及することを期待していたが、実際にこの点に言及する答案は少なかった。

また、数は多くないものの、本件株式取得の目的と関わって、補完的技術の結合により甲の開発時間を短縮できれば、統合後のA社の市場支配力が増大するとした答案が見られた。しかし、本件株式取得によって本当に甲の開発時間が短縮されるとすれば、そのことは、市場全体の競争を促進するものと評価されるべきである。また本件株式取得の目的を正当化事由として論じ、競争が制限されても目的が正当であれば違法性がないという記述が少なからず見られたが、企業結合では、競争制限の蓋然性があれば、たとえ目的が正当であっても適法とならない。

(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、事業者団体該当性及びその行為該当性、共同の取引拒絶（又

はその他の不公正な取引方法)の要件該当性,正当化事由の有無等の判断基準及び当てはめに関しては,一通りの論述ができている答案が多く,この点に関しては,出題時に想定していた解答水準と実際の解答水準との間に大きな差異はなかった。他方で,前述のとおり,そもそも事業者団体についての問題意識を全く示さない答案や,明らかな論理矛盾を犯している答案が相当数存在したのは予想外であった。

第2問については,全体として,実際の解答水準は,おおむね出題時における想定範囲内であった。ただ,単独行動による場合と協調行動による場合との区別については,この区別を前提として記述する答案は意外に多かったが,それぞれの意味を正確に表現できていた答案は少なかった。また,市場シェアの変動が激しいことについては,表によってデータを示しているにもかかわらず,これに言及する答案は想定以上に少なかった。

(3) 「優秀」,「良好」,「一応の水準」,「不良」答案について

第1問について,「優秀」な答案は,「甲の会」の事業者団体該当性及びその行為該当性,建材専門商社の共同の取引拒絶の要件該当性及びに正当化事由の有無について,矛盾なく論理的に,的確な判断基準を示した上で,検討すべき事実を漏れなく拾いながら説得的な当てはめを行い,結論を導いているもの,「良好」な答案は,矛盾なく論理的に,一定の判断基準を示した上で,検討すべき事実がある程度拾いながら一応の当てはめを行い,結論を導いているもの,「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を欠いているもの,「不良」な答案は,基本的事項についての論述を全く欠いたり,重大な論理矛盾を犯していたりするなど,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,本問の場合は評価項目が多いので,答案の評価は,これら多くの評価項目の総合評価によることになる。つまり,どれだけ多くの評価項目に言及し,各評価項目についてどれだけ正確に記述しているか,さらに,全体として整合性のある記述となっているかによって,「優秀」,「良好」,「一応の水準」,「不良」が分かれることになった。ただ,全体として論旨に整合性が保たれていることが必要である。また,ごくまれに,独占禁止法第10条以外に根拠条文を求める答案が見られたが,同じ企業結合規制に係る同法第14条ならまだしも,同法第3条を援用する答案は「不良」と評価せざるを得なかった。

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27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、特許要件である新規性及び先願主義、上位概念の発明の特許権と下位概念の発明の特許権が同日出願に係るものである場合の両特許権の関係、補償金請求権の発生要件及び消滅時効、特許法第102条第2項の適用要件という、いずれも特許法における重要な概念ないし重要な問題点についての理解を問うとともに、事例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、関連する規定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。

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においては、まず、 α 発明の実施品の試験的販売に関する無効理由については、公然実施（同法第29条第1項第2号）となるか否かが問題となるところ、公然実施の成否に関する判断基準を示し、それを当てはめて結論を出し、さらに、新規性喪失の例外規定（同法第30条第2項）の適用の可否を論じ、その適用が認められないことに言及することが「一応の水準」である。また、乙出願に関する無効理由については、同法第39条第2項違反となるか否かが問題となるところ、同項の「同一の発明」の成否に関する判断基準を示し、それを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、 α 発明の実施品の試験的販売については、一般の顧客に対してその構造を明らかにすることなく行われたという事実関係を踏まえて、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て、「良好」又は「優秀」と評価した。

次に、乙出願については、その対象である γ 発明が甲出願の対象である β 発明を上位概念とする下位概念の発明であったという事実関係を踏まえ、さらに、乙出願が先願であったとした場合に両発明が同法第39条第1項の「同一の発明」に当たるかどうかと対比し、例えば、①異日出願において下位概念の発明についての出願が先願であったとした場合に「同一の発明」に当たるとするならば、同日出願の場合も同様に同条第2項の「同一の発明」に当たることになるとの考え方、あるいは、②同項における「同一の発明」とは、同日の出願に係る2以上の発明の一方の側からみた場合に、他方の発明と同一であるというだけでは足りず、同時に、他方の発明の側からみても、一方の側の発明と同一であるとみなされる関係にあることを要するとの考え方（東京高判平成9年5月22日平成6年（行ケ）243号公刊物未登載参照）があり得るところであり、このような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

の説得性に依じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

また、 α 発明の実施品の試験的販売又は乙出願により甲特許権が無効理由を有することになるとしても、訂正により無効理由を解消することができるか否かについての的確に論じている場合には、より高く評価した。

イ 設問2

設問2の(1)については、 γ 発明の実施品が β 発明の技術的範囲に属するか否かについて論じ、その上で、 β 発明の技術的範囲に属することが肯定される場合に、乙がその特許権を有する特許発明を実施することが甲特許権の侵害となるか否かについて言及することが「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、後者の点は、特許権者がその特許発明である下位概念の発明を実施することが同日出願に係る上位概念の発明の特許権の侵害となるか否かの問題であるところ、特許権者によるその特許発明の実施が他の特許権の侵害となるか否かについては特許権の本質が何であるかや利用発明に関する同法第72条の意義が関係することから、これらの検討を踏まえて論じられている場合には、その論証の説得性に依じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

設問2の(2)については、警告が行われていない場合の補償金請求権の発生及び補償金請求権の時効消滅について言及することが「一応の水準」である。

その上で、前者については、警告が行われていない場合であっても特許出願に係る発明であることを知ってその発明を実施した者に対して補償金請求権が発生すること（同法第65条第1項後段）、後者については、補償金請求権は、補償金請求権を有する者が特許権の設定登録前に当該特許出願に係る発明の実施の事実及びその実施をした者を知った場合は、特許権の設定登録日から3年間行使しないときは、時効により消滅すること（同条第6項）について論じていれば、その論述内容の正確性に依じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

ウ 設問3

設問3については、特許権者がその特許発明の実施をしていない場合に、同法第102条第2項を用いて損害額を算定してその賠償を請求することができるか否かが問題となるところ、同項の適用に関する判断基準を示し、それを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、知財高判平成25年2月1日判例時報2179号36頁【ごみ貯蔵機器事件（大合議）】の判旨を踏まえて、特許権者がその特許発明の技術的範囲に属する製品を製造販売していないが、そのような製品と同様の作用効果を奏する製品を製造販売しているという事実関係において、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依じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

(2) 第2問

本問は、映画の著作物に関し、職務著作の成否、著作権法第16条の適用の可否、映画の著作物の著作権の帰属に関する同法第29条第1項の適用の可否、また、著作者人格権侵害の成否、さらには、いわゆる写り込みの問題に関して、「複製」の成否及び同法第30条の2の適用の可否等、著作権法の基礎的かつ重要な論点を含む問題であり、このような論点についての基礎的な理解を問うとともに、

長文の事例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，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，応用力及びその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，当事者の主張として問題点を指摘し，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，法解釈を展開した上で，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，まず，本件映像フィルムが「映画の著作物」（同法第10条第1項第7号）に当たり得ることを前提とした上で，その著作者は誰かに関し，職務著作の成否を検討し，仮に職務著作に当たらないと考えられる場合，同法第16条所定の「映画の著作物の全体的形成に創作的に寄与した者」は誰か，Yが同法第2条第1項第10号の「映画製作者」に該当することを示した上で，同法第29条第1項が適用されるかに触れ，さらに，公表権，氏名表示権及び同一性保持権侵害の成否に言及することが「一応の水準」である。

その上で，それぞれの論点につき自説を展開した上で，双方の主張の妥当性を論じ，特に，職務著作に関しては，最判平成15年4月11日判例時報1822号133頁【RGBアドベンチャー事件】を念頭に置いた上で，「法人等の業務に従事する者」の判断基準を示して事案に当てはめている場合，同法第29条第1項適用の可否に関しては，東京高判平成5年9月9日判例時報1477号27頁【三沢市勢映画製作事件】の判旨を念頭に置きつつ，未編集のフィルムであっても同項所定の「映画の著作物」といえるか否かに関し，同項の趣旨に触れながら自説を展開している場合，さらに，公表権侵害については同法第18条第2項第3号を，氏名表示権侵害については同法第19条第3項あるいは同項の趣旨を，同一性保持権侵害については同法第20条第2項第4号の「やむを得ないと認められる改変」の成否などを検討している場合は，その論証の説得性に応じて，「良好」又は「優秀」と評価した。

イ 設問2

設問2は，本件能が「舞踊の著作物」（同法第10条第1項第3号）に当たり，その著作者は振付師Zであることを指摘した上で，複製権及び上映権侵害の成否に関し，本件能映像に映っている本件能は，時間にして僅か約3分間，それを演じる能役者の動作が辛うじて感得できる程度に写っていたにすぎないことから，いわゆる写り込みの問題であると位置づけた上で，本件能映像は本件能の「複製」といえるか，さらには，同法第30条の2の適用の可否に言及することが「一応の水準」である。

その上で，舞踊の著作物とは踊りの振り付けなのかそれとも舞踊を実行する行為そのものか，舞踊の著作物と認められるためには固定が要件とされているか否かについて論じ，また，「複製」の成否に関しては，東京高判平成14年2月18日判例時報1786号136頁【雪月花事件】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，さらに，同法第30条の2の適用の可否に関しては，「分離することが困難である」か否か，「軽微な構成部分」といえるか否か，さらには，「著作権者の利益を不当に害すること」とならないか否かに関し，自説

を展開して当てはめを行っていけば、その論証の説得性に依じて、「良好」又は「優秀」と評価した。

さらに、引用の成否、著作者人格権侵害の成否についても論じられている場合は、より高く評価した。

3 採点実感等

(1) 第1問

ア 総評

後に具体的に指摘するように、問題文を十分に読んでいないと思われる答案や複数の発明の相互関係に関する基礎的事項につき不正確な理解をしている答案、時間内に完成できなかった答案が少なからず見られた。

イ 設問1

(7) 公然実施の有無について

新規性要件の問題と捉えつつも、 β 発明につき、法律が定める要件について特段の検討をせず公知発明（特許法第29条第1項第1号）又は公然実施発明（同項第2号）を簡単に認めてしまっている答案が散見された。

適用条文について、同法第29条第1項第2号を論じてほしいところ、同項第1号を論じる答案が多く見られた。

多くの答案において公然実施の成否が問題となることは認識されていたが、公然実施の意義について、当業者が利用可能な分析技術を用いて分析することによってその構成を知り得る場合などの判断基準を示した上で、本件事案に当てはめる必要があるところ、そのような判断基準を明確に示す答案は多くなく、単に「構造を明らかにしなかったから」新規性は失われていない、「試験的にせよ販売したから」新規性は失われている、販売が1か月間しか行われていないことから公然実施にならない、などとする答案が少なくなかった。

本設問は、両発明が下位概念と上位概念にある場合にどのような判断基準で「同一の発明」といえるか否かを問うものであり、公然実施を論じる前提として、まず、 $c1$ と C との同一性を論じる必要があるが、両者が下位概念と上位概念の関係にあることを考慮することなく、単に発明が違うから同一でない、あるいは逆に下位概念の限度で重なっているから同一であるなどと決めつけて論じる答案が散見された。

また、新規性欠如の無効理由を検討する際には、新規性喪失の例外規定の適用の可否を検討する必要があるにもかかわらず、同法第30条第2項に言及した答案は少数にとどまった。同項について論じている答案でも、問題文から新規性喪失の例外規定の適用が不可能であることが明らかであるにもかかわらず、これを肯定する答案が複数見られた。

(イ) 同法第39条第2項の適用の可否について

同法第39条第2項に全く言及しない答案も相当数に上った。

同項に気付きながらも、 β 発明と γ 発明との同一性を論じない答案、 C と $c2$ が上位概念と下位概念の関係にあることを考慮することなく、単に発明が違うから同一でない、あるいは下位概念の限度で重なっているから同一で

ある，その反対に下位概念の限度でしか重なっていないから同一でないなどと決めつけて論じる答案が圧倒的に多く，同条第1項の場合と対比して，同日出願で，両発明が下位概念と上位概念の関係にある場合，どのような判断基準で「同一の発明」と判断するかについての的確に言及した答案はごく少数にとどまった。

問題文では，乙出願が平成21年2月4日に行われた場合と対比することを求めているにもかかわらず，この場合について何ら記述しない答案が少なくなかった。この場合について記述する答案であっても，乙出願が平成21年2月5日に行われた場合と同様に取り扱われるにせよ，異なる取扱いがされるにせよ，その理由を明確に示す答案は少なかった。

出題意図としては，異日出願の場合と比較しつつ，同日出願における「同一の発明」に関して悩みを見せてほしいところであったが，そのような答案は少数であった。

ウ 設問2

(ア) 全体

問題文に「(1)及び(2)については，甲特許権は無効理由を有しないものとする。」と記載されているにもかかわらず，甲特許権の無効理由について記述する答案が多かった。

(イ) 小問(1)について

同日出願の場合， γ 発明を実施することができないのはどのような場合かについて，同法第72条と対比しつつ，いわゆる専用権説や排他権説に言及しながら論ずることが期待されたが，出題意図を理解している答案は少数であり， γ 発明の実施品が β 発明の技術的範囲に属するか否かについてだけしか検討していない答案が多かった。

また，いわゆる「穴あき説」的な論述をしている答案が多く見られたが， β 発明の技術的範囲に属しないとすべき理由付けとしては「顕著な効果」があるというだけで，それ以上踏み込んでいない答案が大多数であった。

本設問の事実関係からすれば，問題にはなり得ないはずの均等侵害あるいは先使用权を論ずる答案が相当数に上った。

(ウ) 小問(2)について

前段については，甲が乙の行為を知ったのは平成27年5月になってからであるにもかかわらず，この点を認識せず，甲特許権の設定登録前に警告が行われた場合について記述する答案が多かった。

そして，補償金請求においては，警告が行われない場合においても，特許出願に係る発明であることを知って実施すれば補償金請求の対象になるが，この点について言及する答案は多くはなかった。

また，補償金制度の理解が不十分なまま，訴訟を起こしているから「警告」の要件を充たすとする答案や権利者が知らなかった場合は警告しなくても補償金を請求することができるとする答案が散見された。

逆に，乙が， β 発明が出願公開された特許出願に係る発明であることにつき悪意であったとしても，甲は警告をしない限り補償金請求をなし得ない旨を述べる答案も複数見られたが，同法第65条第1項後段の規定の解釈とし

て、そのような立論は無理と思われる。

後段については、消滅時効の成否に気付かず、これに言及していない答案が少なからず見られた。消滅時効の成否に気付きながらも、民法第724条を適用し、特許法第65条第6項に気付いていない答案、同項の内容を誤解している答案が少なくなかった。また、消滅時効の期間につき、計算を誤って、3年が経過していないとして、時効消滅を否定する答案が複数見られた。

エ 設問3

この設問については、おおむねよく論じられていたが、同法第102条第2項の適用の可否において、特許権者が自ら特許発明を実施していることを要するかという問題に全く気付かない答案も散見された。

また、上記問題点に気付きながらも、前掲知財高判【ごみ貯蔵機器事件（大合議）】の判旨に全く言及しない答案、同判決の判旨を十分に理解していないと思われる答案も少なくなかった。

同法第102条第2項は立証の困難性を軽減する趣旨で設けられた規定であるから本件でも適用すべきとする答案も散見されたが、それだけでは本件で同項が適用されるべき理由としては不十分である。

(2) 第2問

ア 総評

一般的には出題の意図を理解している答案が多いように思われたが、時間切れで乱雑な論述をしている答案も散見された。

イ 設問1

(ア) 職務著作について

設問に現れた事実関係からすれば、当然職務著作の成否が問題となることに気付くべきであったが、職務著作に気付かず、全く言及しない答案が相当数みられた。

職務著作に言及した答案の中では、多数の答案が前掲最判【RGBアドベンチャー事件】の趣旨に言及していた。

職務著作の成否については、判断基準を示した上で、Xはもともとフリーの映像作家であって、本件映像フィルムの撮影場所、撮影対象、撮影方法も全て単独で決定しており、何らYの指示を受けていないこと、他方で、本件映像フィルムの制作費用は全てYが支出したものであり、Xは毎週2、3回Yに出社し、報酬も月払いで支払われていたという事実関係を検討しなければならぬところ、職務著作に言及するものの、何ら判断基準を示さず、単にフリーの映像作家だから、あるいは、指揮監督関係にあるといえるからなどという簡単な理由のみを記載する答案が目立った。判例が示す判断基準を用いるか否かはともかく、判断基準を示した上で、具体的な事実関係に当てはめて検討すべきである。

(イ) 著作権法第29条第1項適用の可否について

比較的多くの答案は、同法第29条第1項の適用の可否について触れた上で、未編集フィルムが同項にいう「映画の著作物」に該当するかについて検討していた。

しかし、同項の問題に気付かずこれに全く言及しない答案、また、同項に

言及するも、未編集フィルムが同項にいう「映画の著作物」に該当するか否かに全く触れない答案が相当数見られた。

未編集フィルムに言及している答案のうちでは、同項の趣旨から結論を導くという姿勢で書いている答案はそれほど多くなかった。

(ウ) 著作者人格権侵害について

本問では、本件映像フィルムが映画の著作物に当たるか否かが重要な論点であるところ、特に、映画の著作物と認めた上で、職務著作該当性を否定し、同法第29条第1項の適用を認める場合には、×として請求の根拠となし得るのは著作者人格権のみとなることから、著作者人格権についての検討は不可欠であるが、著作者人格権について全く触れない答案が散見された。

同項の適用を認め、公表権に言及しているにもかかわらず、同法第18条第2項第3号に全く触れていない答案が散見された。

氏名表示権については、これに全く触れない答案も散見された。触れている答案においても、同法第19条第3項あるいはその趣旨を検討する答案はごく少数にとどまった。

同一性保持権について触れた答案は多かったが、同法第20条第2項第4号の「やむを得ないと認められる改変」に言及する答案は少数にとどまった。

ウ 設問2

(ア) 本件能の著作物性及び著作者について

本件能が「舞踊の著作物」に該当することを指摘した上で、舞踊を実行する者ではない、舞踊の振付師が「舞踊の著作物」の著作者といえるか、また、振り付けが「舞踊」の著作物と認められるためには、その振り付けが台本や映像に固定されていることを要するか否かに言及した答案は、ごく少数であった。

(イ) 写り込みについて

「複製」の成否及び同法第30条の2の適用の可否の両方に気付かず全く言及しない答案、いずれか一方だけを論じる答案も少なくなかった。一般に両者は適用場面を異にする論点であって両立するものと考えられているから、双方の論点に言及すべきである。

「複製」の成否につき、前掲東京高判【雪月花事件】と同様な判断基準を示した上で当てはめ、仮に「複製」に当たるとしても、同法第30条の2の適用の可否について言及し、分離困難性、軽微な構成部分該当性、著作権者の利益を不当に害するか否かについて、事案を当てはめて丁寧に論じている答案は高い評価を得た。しかしながら、同条に触れた答案は多かったが、各要件の当てはめを丁寧に論じている答案は少なかった。

同法第30条の2の適用を検討する際、同条第1項の定める分離困難性について、本件能映像をYが本件映画の1シーンに使用する時点で分離可能であることを理由としてこれを否定する答案が散見された。しかし、規定の文言から明らかなように、分離困難性は、Xが本件能を複製又は翻案した時点について問題となるものである。

(ウ) 同法第32条第1項（適法引用の抗弁）について

引用について言及する答案が散見されたが、本件能映像に写り込んだ本件

能を本件映画に利用することについては、それが公正な慣行に合致し、引用の目的上正当な範囲内といえる場合があるのか慎重に検討することが求められよう。

引用を検討している答案のうち、本件能は未公表であるとしているものが複数あったが、本問の事実関係からは、むしろ公表された著作物と認める方が自然であると思われる。

(I) 著作者人格権侵害について

氏名表示権侵害等の著作者人格権侵害に言及した答案はごく少数にとどまった。

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、実務において重視される事実関係の把握・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、その文言を無視して解釈論を展開するような答案が散見されたが、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、それに言及せず、自説を展開する答案も散見された。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27年司法試験の採点実感等に関する意見（労働法）

1 出題の趣旨，狙い等

公表済みの「出題の趣旨」のとおりである。

2 採点方針

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

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

なお，答案の中には，極めて小さな文字で書かれてあるものや，文字の判読が困難なものなどが少なくなかった。文字いかんが得点そのものを左右するわけではないものの，読みやすい文字で丁寧に答案を作成されることを付言しておきたい。

3 採点実感等

(1) 第1問について

本問においては，①偽装請負（違法な労働者派遣）下における派遣労働者・注文者（派遣先）間の労働契約の黙示的成立，②適法な労働者派遣下における派遣元との有期労働契約の期間満了前の解雇の効力，③派遣元との労働契約の期間満了による終了と更新に関する三つの設問を課している。

まず，上記①の設問では，原告（労働者）は，違法派遣により派遣元との労働契約が無効であることから派遣先との労働契約の黙示的成立を主張しているが，その当否が問題となる。この点では，パナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件最高裁判決（最判平成21年12月18日）が参考となるが，違法派遣において派遣元との労働契約が無効となるか否かについて，同判決を踏まえて的確に論じ，その上で注文者（派遣先）との労働契約の黙示的成立が認められる規範の定立を行い，労働者派遣の特殊性に配慮して事実の丁寧な当てはめを行っている答案には高い点数を与えている。

注文者（派遣先）との間に労働契約が黙示的に成立しているか否かについて，当事者の労務提供の意思と賃金支払の意思の黙示的合致が要件となり，これを推認させる事情を的確に挙げることが問われている。多くの答案は意思の黙示的合致に触れているが，合意がなくても労働契約関係が生ずると述べているとしか読めない答案が散見され，黙示的成立を推認させる事情を的確に挙げていない答案も見受けられた。

上記②の設問では，有期労働契約の契約期間中の解雇が問題となっている。労働契約法第17条第1項に触れて，有期労働契約の契約期間中の解雇に関する規範を定立し，労働者派遣の特殊性を踏まえつつ，丁寧に事実を拾い上げて，

解雇の有効性を論じている答案には高得点を与えている。多くの答案は、本問が有期労働契約の契約期間中の解雇の効力を問うものであることを理解していたが、同条に言及せずに単に解雇権濫用の法理を適用している答案、同条に言及しているが同条に定める「やむを得ない事由」の意義を正確に理解していない答案、同条は契約期間中の解雇について同法第16条の解雇事由と比較して厳格な要件を課すものであることを意識しない答案が少なくなかった。

上記③の設問では、いわゆる雇止めの問題であり、労働契約法第19条に基づく規範の定立と労働者派遣に即した事実の当てはめが問題となる。同条の規定を正確に理解し、労働者派遣であることの特殊性にも配意した上で、丁寧に当てはめをしている答案には高得点を与えている。多くの答案は同条に言及していたが、同条に基づく規範の定立を行わずに、直ちに当てはめを行う答案が少なくなかった。本問は、同条第1号又は第2号のいずれに該当するか、仮に第2号に該当する場合労働契約の更新について労働者が期待する合理的な理由があるか否かが問題となる。この合理性の判断に当たって、労働者派遣の特殊性を考慮する必要があるが、この点で、伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件高松高裁判決（高松高判平成18年5月18日）が参考となるが、この裁判例を意識した答案は少なかった。

(2) 第2問について

本問は、労働協約の規範的効力の根拠と限界、及び労働組合の組合活動についてその法的な意義と効果とを問うものである。労働協約の規範的効力が認められるためにはいくつかの要件の充足を前提とするが、本問では、協約締結権限に瑕疵がある場合の法的効果に関する判例法理をベースにして、本件における事実関係の下でどのような判断がなされるべきかが問われている。また、組合活動の正当性と組合員に対する懲戒処分の有効性についても、十分な判例の理解が前提とされていることは言うまでもない。

まず、設問1では、何よりも規範的効力の根拠規定である労働組合法第16条を明示し、規範的効力の意義を述べるのが前提となる。同条がなければ労働協約も契約の一類型に過ぎないのだから、同条の摘示なくして本件事案における規範的効力の有無を論じることはできない。しかし、全体として同条を明示できない答案が予想以上に目立つとともに、明示できている答案も、規範的効力とは何かについて示したものは極めて少なかった。

労働協約締結権限の瑕疵については、中根製作所事件判旨を引用ないし参考にしたと思われる答案は非常に少なかった。また、中根製作所事件判決には触れずに、労働組合法第17条の一般的拘束力に関する最高裁判決（朝日火災海上（高田）事件・最判平成8年3月26日）を引用する答案も少なからず見られた。

5%の賃金カットについては、不利益に変更された労働協約規定に規範的効力が認められるか否かに関する最高裁の判例法理（朝日火災海上保険（石堂本訴）事件・最判平成9年3月27日）を引用して論じている答案はごく少なかったが、少数ながら、上記判例が示した「労働組合の目的の逸脱」が本件で見られるか否かを的確に論じている答案もあった。なお、労働協約が労使交渉におけるギブ・アンド・テイクの結果であって有利か不利かの判断が

必ずしも容易ではないとの見解を示す答案がかなり目立った。言うまでもなくこれは本件を検討する上では筋の異なる見解である。

なお、結論を明確に示すことはほとんどの答案が意識していた。

設問2については、多くの答案が、救済を求める機関として、正確に裁判所と労働委員会を挙げていたが、求める救済の内容として、「労働委員会に解雇の無効を申し立てる」など、不当労働行為制度と裁判所における民事救済制度の相違が全く理解できていないと思われる答案が目立った。また、労働組合法第7条第1号違反や第3号違反を指摘している答案であっても、要件をきちんと指摘できている答案は少なかった。

組合内反対派の活動をどのように位置付けるかについては、触れていないか、触れていてもそれが当該労働組合の活動と認められるか否かを的確に述べている答案はまれであった。多くの答案は、規範や論理を特に述べず「少数派の活動も正当な組合活動たりうる」という程度にしか述べていなかった。

リボン着用による就労は、一般に「リボン闘争」と称される組合活動の一環として理解されているが、その適法性については、多くの答案が比較的丁寧に論じていた。しかし、これに対する懲戒処分の適法性については、十分な論理展開が見られないまま時間切れに終わったと見られる答案が非常に多かった。また、Xらの活動が、正当な組合活動であるとしながら、他方で懲戒は相当であるという矛盾した結論を導くものが見られた。さらに、本件では、労働契約法第15条を引用して、懲戒権濫用につき検討することが不可欠であるが、この点に触れた答案は極めて少なかった。

4 答案の評価

「優秀」の水準にあると認められる答案とは、出題の趣旨を十分に理解した論述がなされている答案である。第1問については、法令の規定と判例の判断の枠組みを踏まえた規範定立と事実の的確な当てはめを行い、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、労働協約の規範的効力についてその根拠と意義とを明示しつつ、判例法理に従って本件事案における処理の可能性を明確に論じ、また、裁判所と労働委員会との機能の異同を正確に理解していることを示しつつ、組合活動の正当性や懲戒処分の有効性につき、要件と効果を順序立てて論じ得ている答案である。

「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、労働契約の黙示的成立に関する規範の定立や事実の当てはめにおいて、判例の正確な理解がなされていない答案、第2問では、最高裁の判例法理には触れ得ているもののその具体的事案への当てはめにおいて必ずしも十分な論理展開ができていない答案など、「優秀」の水準にあると認められる答案のように出題の趣旨を十分に捉えきれていないような答案である。

「一応の水準」に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であったりする答案であり、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ったり、少ない知識から無理に構成した判断を箇条書き的に羅列するだけであったりするなど、具体的事実に対応して法の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、自己の法の見解を展開し、これを事実にはめることによって、妥当な結論を導くという、法律実務家に求められる基本的な能力及び素養を試す出題を継続することとしたい。なお、労働契約法、労働基準法及び労働組合法以外の主要な法令にも最低限の目配りをすることが望まれる。

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、規範の提示とその当てはめという最低限の対応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、丁寧に読み込んで、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、その意義を的確に理解する必要があることに十分留意いただきたい。また、事例の分析の前提となる基礎的事実を正しく把握し、結論を導くために必要な論点を抽出した上、論点相互の関連性を意識しつつ、法令、判例及び学説を踏まえた論理的かつ一貫性のある解釈論を展開し、これに適切に事実の当てはめを行って、法の趣旨に沿った妥当な結論を導くという、法的思考力を更に養成するよう重ねてお願いしたい。併せて、労働委員会の役割、不当労働行為制度と司法救済との関係のような、労使紛争の解決手続に関する基本的事項についても、十分な理解が得られるようより一層の努力と工夫が望まれる。

平成27年司法試験の採点実感等に関する意見（環境法）

【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、「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」（以下「法」という。）の下での産業廃棄物不法投棄への事後対応措置についての出題である。受託者が不法投棄をした場合において，委託者である排出事業者が産業廃棄物管理票（以下「マニフェスト」という。）に関する義務に違反したときに，知事は，当該排出事業者に対してどのような措置を講じ得るか，また，当該不法投棄場所を提供した土地所有者に対してどのような措置を講じ得るかの説明を求め（設問1），排出事業者が適正対価を支払っていなかった場合に知事はどのような措置を講じ得るかの説明を求める（設問2）問題であった。

設問1の採点を通じては，以下の諸点が実感された。

第1に，本件土地の隣にある農民Eの土地への影響の状況が，法第19条の5に基づいてB県知事が発出する原状回復命令の要件の一つとなっているところ，この点に触れていない答案が少なからずあった。同条に基づく命令が発出されるにおいては，同条第1項柱書に規定される全ての要件を充足しなければならない。その認定は適法な行政をするに当たって重要であるにもかかわらず，注意不足である。事例にある状況が「生活環境保全上の支障」を発生させていることを，条文とともに明確に指摘する必要がある。

第2に，B県知事が求める措置に関して，問題文に生活環境の保全上の支障があると推測させる事実が記されているにもかかわらず，それへの対応について何ら記さずに，A社に対して，マニフェスト義務違反を理由とする勧告・公表・命令のみを記していた答案が相当数あった。その権限行使も可能ではあるが，問題文が提示する事案に照らせば，より根本的な解決が求められている。問題文に「マニフェスト」とあることから，それが規定されている条文を踏まえたものと推測されるが，法律全体の観点から最適の対応を選択すべきである。

第3に，本事案は，中間処理に関するものであるから，マニフェストの送付は，中間処理終了後90日以内にされなければならない。中間処理は，法12条の3第4項であるから，廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行規則第8条の28第1号により「90日」であるところ，最終処分と誤解して同条第2号の180日と記していた答案が散見された。

第4に，事案においては，Dに関する記述がされているにもかかわらず，法第19条の5第1項第5号に基づき，原状回復命令の名宛人としてのD及び命令要件の充足について全く触れていない答案が多数あった。問題文には無駄な記述はないのであって，受験生の注意力不足が感じられた。また，Dに関しては，この条文に気付かずに，土地所有者としての一般的義務を規定する法第5条第2項又は清潔保持に関する一般的義務を規定する同条第5項を引き合いに出して説明する答案や不法投棄者として刑事責任を問うべきとする答案が散見された。原状回復制度に対する理解が徹底されていないように感じられた。

第5に，「C社に対する法的措置については考えなくてよい」と問題文に記されているにもかかわらず，C社に対する措置命令について記述した答案が散見された。

また、「廃棄物処理法上、どのような法的措置を講ずることができるか」と問題文に記されているにもかかわらず、土壌汚染対策法による措置について述べる答案も散見された。問題文にある指示の重大な見落としである。

第6に、A社に対する措置命令の根拠を法第19条の6とする答案が一定数見られた。おそらくは、同条第1項第2号の「知り、又は知ることができた」という要件に着目したものと思われる。しかし、本事案では、A社に関して法第19条の5第1項第3号へに該当することが明らかなのであり、法第19条の6を論ずる前提に欠ける。

第7に、本設問の前提にはマニフェスト制度があるが、この制度の趣旨を詳述する答案が散見された。記述内容は適切ではあるが、それは問われていないものであり、記述するとしても最小限にとどめるべきであった。時間配分及び答案用紙のスペース配分の点で不利になった。

設問2の採点を通じては、以下の諸点が実感された。

第1に、問題文において、設問1と設問2は独立していると記されているところ、法第19条の6に基づく命令の要件の一つである「生活環境保全上の支障」について論じていない答案が相当数あった。設問1で論じたから不要と考えたのかもしれないが、不注意である。また、「生活環境保全上の支障」の要件の根拠を法第19条の5と誤解している答案が一定数あった。これも不注意である。

第2に、法第19条の6に基づく命令の適用の問題であるという点には、ほとんどの答案が気付いていた。その要件は、同条第1項第1号及び第2号であるところ、第1号要件に関する事実を拾わずに第2号要件の該当性のみを論ずる答案が相当数あった。同条第1項柱書に「次の各号のいずれにも該当すると認められるとき」とあるように、第1号要件及び第2号要件は、いずれもの充足が必要であるところ、この点を見落とししている。

第3に、法第19条の6第1項第2号が規定する「適正な対価」という要件の認定に当たっては、問題文にある「40%」と資料にある「半値程度又はそれを下回るような料金」を明記して当てはめる作業が求められるところ、この点が適切になされていない答案が少なからず見られた。とりわけ、資料に言及しない答案、言及はするものの具体的記述の中で本事案への対応に必要な部分を摘出しない答案が一定数あったのには驚いた。

第4に、法第19条の6第1項柱書にある「前条第1項に規定する場合において」の意味は、本件に照らせば、産業廃棄物処理基準に適合しない処分が行われた場合に限られるところ、法第19条の5第1項各号のいずれかの場合にも該当していなければならないと誤解して、適合する規定を探して事案を当てはめている答案が散見された。また、この要件の認定と当てはめができていない答案が大半であった。条文の正確な理解が求められる。また、法第19条の6が導入された経緯については、的確な記述がされている答案は極めて少なかった。

第5に、虚偽記載のあるマニフェストが送付されていることを重視して、交付者であるA社の責任を論ずる答案が一定数あった。A社は平均的料金の40%で委託していることから、適正処理がされたことそれ自体を疑って本当にされているのかどうかを確認すべきというのであるが、そうであるとしても、その場合にB県知事がとりうる方策は、勧告・公表・命令である（法第12条の6）。F社の不法投棄

によって生活環境保全上の支障が生じている現実に鑑みれば、より直接的かつ実効的な措置が求められているのは自明である。事案への対応方法を適切に選択するという視点が欠けている点が気になった。

2 出題の意図と実際の解答に差異がある原因として考えられること

不法投棄された産業廃棄物が生活環境保全上の支障を発生させている場合に、知事が原状回復を命ずる名宛人には、いくつかのパターンがある。それぞれに関してどのような義務違反が前提になっているのかについて、的確に整理した理解がされていないために、適用すべき条文を当てはめる事実が問題文から拾い上げられていない。法は、適正処理の実現の観点から、数次の改正によって、不法投棄に大なり小なり関係する多様な主体に行政法的責任を規定している。責任が最も追及されるべきは投棄をした者であるが、その者のみの責任を追及するのでは、法目的である生活環境の保全が実現できない。このような法政策の展開を踏まえて、法の仕組みを理解すべきである。

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、マニフェストに関する排出事業者の義務及び不法投棄の幫助をしたことになる土地所有者の存在についての的確に把握し、それを条文や資料の関係部分の摘示を通じて、明確に説明できているものである。また、適正対価についても、同様に、条文や資料の関係部分の摘示を通じて、明確に説明できているものである。法第19条の5及び第19条の6に規定されている要件との関係で、問題となる事実を的確に把握し、それを丁寧に当てはめている答案も、「優秀」と評価できる。「良好」といえる答案は、その程度がやや劣るものである。「一応の水準」といえるのは、各設問において問われている論点が何とか把握できている答案である。「不良」な答案とは、それすらでき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、土壌汚染及び地下水汚染に関する横断的な問題を問うものであった。設問1に関しては、土壌汚染対策法第6条第1項により、要措置区域を指定する点をまず書く必要があるが、この点はほとんどの答案が的確に書いていた。次に、A社に対する汚染の除去等の指示措置（第7条第1項本文）及びC社に対する指示措置（同項ただし書）の関係について本問に即して解答する必要があるが、半分ほどの答案が両者の関係について記述しておらず、両者に関してバラバラに記すにとどまっていた。さらにA社に対する指示措置のみを書いている答案も少数見られた。C社が市場価格より著しく安く売却した点が法的にどういう問題を発生させるかについて論じていない答案も相当数見られた。問題文をきちんと読むことを心掛けてほしい。なお、市場価格より著しく安くてもなお汚染除去にかかる費用が高額に上るため、C社が十分負担したことにならないとする答案もあり、一定の評価をした。また、A社とC社の指示措置の関係に関連して同法第7条第1項の趣旨を記述したものについては、加点した。

C社に対する地下水浄化措置命令については半分ほどの答案が記述するにとど

まった。土壌汚染と地下水汚染は表裏一体であることの認識が必要であろう。

設問2に関しては、Eについては健康被害、Fについては平穩生活権侵害が問題となるが、Fについては損害とは言い難いとする答案もかなり見られた。裁判例では、Fのような損害を平穩生活権侵害に基づく損害と捉えて賠償を認めた事案は見当たらず、そのような記述も当然認められる。なお、E、Fの損害について記していない答案もかなり見られたが、E、Fのそれぞれについて問うている問題の趣旨を考えてほしい。

C社に対しては、Eについては水質汚濁防止法第19条第1項に基づく無過失責任、Fについては民法第709条に基づく過失責任が問題となるが、この点の区分を記述するものは相当数見られた。

B県に対する国家賠償法第1条第1項に基づく損害賠償請求について、B県が原因究明のための調査をしなかったことが、常時監視（水質汚濁防止法第15条）、公表（同第17条）の権限を定めた水質汚濁防止法の趣旨、目的やその権限の性質等に照らし、B県知事の裁量を逸脱して著しく合理性を欠く点については、半数程度の答案が記述していた。この点は公害等調整員会裁定平成24・5・11が関連している。B県知事による、土壌汚染対策法第5条第1項の調査命令の発動や水質汚濁防止法第14条の3第2項の地下水浄化命令の発動の権限不行使を問題とする答案も少なからず見られ、一定の点数を与えたが、「人の健康被害が生ずるおそれ」が認められる前の状態での行政の対応についても検討してほしい。

A社に対するEの人格権侵害（ないしFの平穩生活権侵害）に基づく妨害排除請求（D井戸の水の汚染の差止請求）については記述していた答案が極めて少なく、残念であった。民事差止請求について注目度が減っているように思われる。また、この点について記述した答案の半数近くが、Eの人格権侵害に基づく妨害排除請求については記載せず、Fの平穩生活権侵害に基づく妨害排除請求についてのみ記載しており、やや不可解であった。

なお、B県に対し、C社に対する地下水浄化措置命令の義務付けを求める訴えを提起できる点について記述した答案は相当数に上った。また、本件土地に対する要措置区域の指定やA社に対する土壌汚染の除去の指示措置の義務付け訴訟について記述した答案も見られた。ともに点数を与えたが、後者は、汚染が広がってしまっている状況下ではやや迂遠な手段ではある。

設問2に関する全体的印象として、民事の損害賠償ないし差止めについて重点を置くものと、義務付け訴訟や国家賠償訴訟に重点を置くものに分かれ、どちらかしか書いていない答案がかなり見られたことを挙げておきたい。

2 出題の意図と実際の解答に差異がある場合の原因として考えられること 4点挙げておきたい。

第1に、問題文が意外にきちんと読まれていないと見られることである。これは試験場で取り組むべき課題であるが、常日頃から心掛けておくことが適当であろう。

第2に、土壌汚染対策法第7条に関しては覚えてきたことを吐き出すような答案が間々見られたことはやや残念であった。何が問題文と関連するかを取捨選択し、問われていることに的確に解答することが必要である。

第3に、環境法はその実現のための救済手段として、民事訴訟、行政訴訟等を活

用しているものであり、いずれについても目を配ってほしい。具体的な裁判例、裁定についても十分勉強してほしい。

第4に、第1問との関係もあったであろうが、最後までとり着かない答案もいくつも見られた。答案においてどの問題にどの程度スペースや時間を割くかについても配慮してほしい。

3 各水準の答案のイメージ

「優秀」な答案のイメージは、設問1については、土壤汚染対策法第7条の意味と水質汚濁防止法第14条の3の意味を的確に把握し、設問2については、B県に対する国家賠償請求の在り方やA社に対する民事差止請求の在り方について理解しているものである。「良好」な答案のイメージは、設問2において不法行為に基づく損害賠償請求及び国家賠償請求について良く書かれているものである。「一応の水準」は、設問1について土壤汚染対策法と水濁法の双方について相当程度書かれており、設問2において不法行為に基づく損害賠償請求と国家賠償請求について書かれているものである。「不良」な答案はそれさえなされていないものである。

【学習者及び法科大学院教育に求めるものについて】

第1に、環境法は、問題解決指向の強い法分野である。個別法の部分のみならず、法律全体の仕組みをどのように用いて問題解決を図ろうとしているのかについて理解できるようになっていることが望まれる。

第2に、訴訟に関しては、民事訴訟と行政訴訟を場合によって使い分ける実務が現実にある。誰を被告にしてどのような訴訟を用いるのが原告にとって有益なのかを、原告を中心に置いて考えられるようになってほしい。また、民法や行政法のごく基本的な部分について、環境法との関係で理解されていることも重要である。

第3に、毎年繰り返している点であるが、条文を正確に読むという法曹として基本的な能力をしっかりと養成するトレーニングがされる必要がある。条文を「こんなもの」と理解するのではなく、一語一語及びそれらと条文全体の関係を理解しつつ把握するようになっていなければ、的確な答案作成はできない。

平成27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27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）科目については、従来と同様に、①国際公法の基本的な知識を習得し、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

本年は、最低ライン点未満者が3人あった。このことに象徴されるように、国際公法の基礎的知識の習得がまだ不十分なままで受験する者が一定数出てきていることが懸念される。また第1問及び第2問を通じて、優秀又は良好な答案の比率が例年に比べ少し下がり、一応の水準又は不良の答案の比率が増えていることも懸念される。

(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。全体としてみれば、各設問とも優秀な答案は1割程度であった。設問1は一応の水準又は良好な答案が比較的多かった。設問2及び設問3は、優秀及び良好な答案と一応の水準又は不良の答案の差がはっきりと分かれ、おおよそ半々であったが、設問3では不良の答案が相当数あった。

設問1は、問題文に示したとおり、①X国が「民間航空の安全に対する不法な行為の防止に関する条約」（以下「モントリオール条約」という。）第7条の義務に違反したか否かを尋ねる前半と、②同条約に違反したとすればX国は国家責任法上どのような義務を負うかを尋ねる後半に分かれる。前半の①については、参考資料に掲げたモントリオール条約第7条の解釈及び本問事実への当てはめを通じて、多くの答案がX国の第7条に対する継続的義務違反を導き出せていた（大多数の答案が、容疑者所在地国であるX国はY国に容疑者甲を引き渡さない場合には「いかなる例外もなしに」訴追のため自国の権限ある当局に事件を付託する義務を負っていたにもかかわらず、これを3年以上も履行しなかったことについてX国に義務違反があると言及していた。）。もっともX国が甲を容疑者と認識した後3年を経ても事件を権限ある当局に付託しなかった点について、関連する主要論点を全て提示して必要な説明を行っていた答案は、半数程度にとどまった。第一に、第7条には、容疑者所在地国が権限ある当局に事件を付託すべき期間についての定めがないが、優秀な解答には、「自国の法令に規定する通常の重大な犯罪の場合と同様の方法で」と定める第7条の文言又は「訴追又は引渡し義務に関する問題」事件の国際司法裁判所（以下ICJという。）判決を援用して、義

務履行の合理的期間を導き出し、本問事実当てはめて、X国は容疑者所在地国として、第5条第2項の義務及び第6条の義務（予備調査）を履行しながら、3年を経てもなお権限のある当局に事件を付託することを怠っていたのであるから、本件事情の下では第7条の義務に違反したと指摘するものも幾つかあった。第二に、X国が、「同国における財政事情により十分な捜査人員を確保できていない」ことを、事件を訴追のために検察当局に付託することをしない口実としている点についても、優秀な答案は、第7条が「いかなる例外もなしに」事件の付託を義務付けていることを指摘し、さらに、財政事情が国家責任法上の違法性阻却事由のいずれにも該当しないことを指摘していた。これらの論点に触れていた答案は、良好な答案も含めると半数近くあった。

設問1の後半部分②については、2, 3行の結論のみを示してその根拠を全く説明していない答案が相当数あり、根拠を示して解答できていた答案とそうでない答案との間に明確な差が生じた。問題文にはY国が、「②したがって、甲を直ちにY国に引き渡すことによって国際違法行為を停止する義務があること」を宣言するようにICJに請求したことを示しているので、問題文が何を問うているかを、まずしっかり読み取ってもらいたい。本問事実によれば、X国の違法行為は継続しているので、X国には当該違法行為を停止（中止）する義務があることをまず判決で述べる必要があるが、この点に言及できていた答案はそれほど多くはなかった。次に、Y国は、X国には甲を直ちにY国に引き渡すことによって義務違反を終了させる義務があると主張しているため、この義務についても判断が求められている。優秀な答案には、モンリオール条約第7条が「容疑者を引き渡さない場合は」と定めて締約国に引き渡すか否かの選択権を与えているのに対して、事件を権限ある当局へ付託する義務はいかなる例外もない締約国の義務と定めていること、同条約第8条第3項は締約国に犯罪人引渡し義務までは直接課してはいないこと、さらに、「訴追又は引渡し義務に関する問題」事件のICJ判決が、引渡し義務は選択的であるのに対して事件の付託義務は義務的であると判示したこと、を援用しつつ、X国は甲をY国に引き渡す義務を負っていないが、直ちに事件をX国の権限ある当局に付託する義務を負っているとしたものがあった。

なお、設問1に関する答案を採点して、若干気付いた問題点を以下に指摘しておく。問題文で裁判所の管轄権の問題は論じなくてよいと述べていたにもかかわらず、管轄権の問題に長々と行数を費やした答案、あるいは問題文にY国の請求内容を明示しているにもかかわらず、これを十分読まずに解答したと見られる答案（例えば、モンリオール条約第5条第2項違反の有無を論じた答案など）が若干あった。また、判決文の構成をあまり学習できていないと思われる答案（例えば、関連する条文の解釈と本問事実への当てはめという基本的な作業ができていないもの）が散見された。モンリオール条約の解釈についても、第8条第3項はX国に対して甲のY国への引渡し義務を設定した規定であり、X国逃亡犯罪人引渡法による自国民の引渡しの禁止は、国内法を理由として国際義務を免れることはできないという原則の違反に当たると解答した答案が若干あった。

設問2について、Y国がX国の主張に反論しようとするれば、出題趣旨で述べたように、①X国に対して甲のY国への引渡しを命じた国際連合（以下「国連」と

いう。) 安全保障理事会(以下「安保理」という。)の決議はX国に対し法的拘束力を有すること、かつ、②X国が国連憲章に基づきY国に対して負う甲の引渡し義務は、モントリオール条約に基づきX国がY国に対して負っている義務に優先することを述べる必要がある。本問は、国際法のごく基礎的な知識を問うものであり、国連憲章の関連規定は、司法試験用法文登載法令に含まれていることから、解答は比較的容易だと思われたが、優秀及び良好な答案は、①、②のいずれにおいても半数弱にとどまった。

優秀な答案は、まず①については、国連憲章第39条の下で事態を認定する決定、並びに、第41条及び第42条に定める強制措置をとる決定が、国連憲章第25条に基づいて国連加盟国に対し法的拘束力を有することを指摘する。次に、本問の安保理決定が、「X国による甲の引渡し及び訴追の拒否が国際の平和と安全に対する脅威を構成すると決定し、国連憲章第7章の下に行動して、X国に対して甲をY国に引き渡すように決定する」と定めていることに着目して、安保理の実行に従えば、この決議は国連憲章第39条及び第41条に基づく安保理の決定に該当するから国連憲章第25条に基づき、甲をY国に引き渡す法的義務をX国に課したものと結論付ける。続いて②については、モントリオール条約第8条第3項によれば、X国は、同国国内法の自国民引渡し禁止規定を援用することができ、同条約上は甲をY国に引き渡す義務まで負わないと主張できることを指摘している。しかし国連憲章第103条によって、モントリオール条約に基づく義務と国連憲章に基づく義務(これには安保理が国連憲章第41条の下で行った決定に基づく義務が含まれることに言及したものもある。)が抵触するときは、国連憲章に基づく義務(権利義務関係と解釈した答案もある。)が優先することになるから、X国は安保理決議によって負う義務、すなわち、甲をY国に対して引き渡す義務を優先させなければならないと結論付けている。しかし、このように書けた答案は、少数にとどまった。

実際には、第7章に基づく安保理の決定が国連憲章第25条に基づいて法的拘束力を有することに言及できていた解答はそれほど多くはなく、中には、安保理決定は法的拘束力を有するものではないが、内容的には国際平和と安全にとって重要な意味を有すると述べるなど、安保理決定の法的性格について正しく理解できていない答案が相当数あった。他方、国連憲章第103条に言及できていた答案は、約半数に過ぎず、安保理決議は特別法であるからモントリオール条約に優先すると述べた答案もいくつかあった。

設問3は、ICJにおける当事者適格と対世的義務に関する問題である。多数の答案が、ICJの判例によれば(南西アフリカ事件のICJ判決を援用した答案も少なからずあった。)、国際違法行為国の責任を追及できるのは、一般には、当該違法行為によって自国又は自国民の法益を侵害された直接被害国であること、あるいは、国が裁判所において当事者適格を有するためには、同国が国際法により付与されている具体的な法的権利又は利益を他の国の国際違法行為によって侵害されていることが必要だと述べており、原告適格の一般的な説明としては、この指摘は正しいものといえる。しかし、本問題文では、Z国は自国の原告適格につき、「被害者の国籍に関係なく、Z国がモントリオール条約の当事国であることに基づいて、X国による継続的違反行為の停止を請求する原告適格を

有する」と主張した旨記述しており、本問が、モンリオール条約第7条の対世的義務的性格を根拠にZ国の原告適格性を問題にしていたことは明らかである。しかしこの点に注意せずに、Z国は自国民が被害を受けているから消極的属人主義に基づき原告適格を有すとか、Z国はモンリオール条約第5条第3項に基づく刑事裁判権を設定しているのでX国に対して甲の引渡しを請求することができる法益を有するといった見解を述べた答案が、いくつかあった。

他方、一般論として、バルセロナトラクション事件のICJ判決や、国連国際法委員会の国家責任条文第48条を援用して、対世的義務の違反がある場合には、当該義務違反に対して、直接権利又は法益を侵害された国以外の国も、義務違反の停止や再発防止の保障等を求めて違法行為国の責任を追求できることに言及した答案は、一定数あった。しかし、X国によるモンリオール条約第7条違反の行為について、Z国が対世的義務違反を根拠にICJに訴えを提起する原告適格を認められると述べた解答は、比較的少数であった。いくつかの優秀な解答は、「訴追又は引渡し義務に関する問題」事件のICJ判決を援用するとともに、モンリオール条約前文に定める条約目的や第7条の引渡し又は訴追義務が拷問等禁止条約のそれと同等であることを根拠に、前記ICJ判決の解釈が本問にも妥当するとした。他方、モンリオール条約の訴追又は引渡し義務は、拷問等禁止条約とは異なり対世的義務を設定しないと解釈した答案も若干あった。さらに若干の解答は、対世的義務の存在は認めつつも、南西アフリカ事件のICJ判決が民衆訴訟を否定した例を挙げて、実定国際法上ICJでは条約上の対世的義務を根拠とする民衆訴訟はまだ認められていないと解答した。国際法の規則は、ICJの判例等を通じて発展してきており、そうした発展にも注意することが求められる。

「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である。

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（出題の趣旨参照）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。

例えば第1問についていえば、上記設問1、設問2及び設問3において、優秀な答案例として示したような解答内容を、全ての設問において維持できた答案は優秀な答案といえる。多くの解答において、設問1に相当数の時間とエネルギーを費消して、設問2、設問3となるに従って、だんだん解答内容が密から粗になっていく傾向が見られる。最初に全体の構成を見渡し、時間配分を間違わないように、また全体の論述の水準を維持するように心掛けることが必要と思われる。

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るものの、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では、概ね優秀な答案内容になっているにもかかわらず、事件付託義務の合理的期間、財政事情等を理由とする義務不履行、引渡し義務と事件の権限ある当局への付託義務との関係など重要な論点の若干について説明不足又は根拠不十分な点がある解答などがこれに当たる。

設問3では例えば、他の締約国全体に対する対世的義務を根拠とする原告適格を認める論述をしているが、その根拠に一部誤った記述あるいは曖昧な記述が見られるような答案が挙げられる。

一応の水準：全体の解答のバランスを誤り、例えば、設問1及び設問2は優秀な答案内容になっているにもかかわらず、設問3が時間不足で十分論述できていない答案。あるいは全設問において、基本的な論点の多くは押さえているが、どの設問についても、重要な論点について、1又は2の論点漏れ、又は、論拠について説明の欠如があるような答案が挙げられる。

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記述が散見される答案。設問1では、そもそも引渡し又は訴追義務の趣旨が理解できていない答案。設問2では、国連安保理決議が法的拘束力を有していることが理解できていない答案。設問3では、そもそも対世的義務の意味が理解できていない答案などがその典型例である。

(2) 第2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。

全体としてみれば、設問1の前半は、一応の水準の答案が半数近くを占め、優秀な答案は1割程度であった。設問1の後半は、良くできており、優秀な答案と良好な答案が大多数であった。設問2は、良好な答案又は一応の水準の答案が半数近くを占め、優秀な答案は少なかった。設問3は、良好な答案と一応の水準の答案が大半を占めたが優秀な答案は僅かであり、不良の答案がかなりあった。

設問1の前半については、これが、立法管轄権の域外適用の問題であることに気付いている答案は多かったが、気付いていない答案もあった。立法管轄権の域外適用が、国家間の対立を招いた実例があり、設問のような独占禁止法の域外適用は、その典型的な例であることから、立法管轄権の域外適用の問題についての理解と認識が期待されたが、それが欠けている答案があることは懸念される。また、立法管轄権の域外適用の問題であることに気付いている答案でも、立法管轄権については、国際法上明確な規律が確立していないという前提を論じているものは僅かであった。

立法管轄権の域外適用の問題であることに気付いている答案の多くは、米国の国内裁判所判例で採用された効果理論の考え方を説明して、X国の独占禁止法をY国に所在する甲社及び乙社に適用することについて、Y国の国際法違反であるという主張に対し、X国が効果理論の適用により反論することが可能であることを論じていた。優秀な答案では、まず、効果理論について、効果理論が米国の国内裁判例で採用された理論であることを述べ、その内容を自分の言葉で説明することができていた。それに加えて、設問において、X国にはガソリンを精製する会社がなく、ガソリンを甲社及び乙社からの輸入に全面的に依存していること、甲社及び乙社が談合の上供給量を減少させた結果、X国及びY国におけるガソリンの価格が2倍になったという事実状況を踏まえ、これに効果理論を当てはめて適用することができていた。さらには、X国の反論を述べる立場からは消極的要素となるが、効果理論が国際法上確立しているとはいえないとし、その慣習国際

法としての成立を否定する答案もあった。反論を述べる上では消極的要素も検討すべきであり、こうした論点も吟味したという点は評価できる。

設問1の後半については、執行管轄権の域外適用の問題であることに気付いている答案が多かった。そのような答案では、執行管轄権が領域内でしか行使できないことを論じていた。しかし、設問の前提事実当てはめて、資料提出命令書の手交が、強制性をもった執行管轄権の行使であることまで明確に説明する答案は、半分に満たなかった。また、多くの答案が執行管轄権の域外適用が（領域）主権への侵害に当たることを説明していた。なお、誤って、不干涉義務の違反を論ずる答案もあったが、基本的な国際法知識の正確な習得が望まれる。

設問1の前半と後半の両者についてみると、いずれも、管轄権の行使の問題であるが、管轄権の根拠（属地主義・属人主義・保護主義・普遍主義など）の説明に終始しているものもあった。設問の論点を理解しこれを中心として論ずることが望まれる。

設問2については、領域使用の管理責任原則により、Y国政府の国際法上の責任が追及され得ることについては、ほとんどの答案が論じていた。同原則は、領域国の基本的な義務を定める原則であるが、これについて多くの答案が理解していたことは、期待どおりであった。領域使用の管理責任原則に加えて、環境損害防止原則も挙げて論じている答案も若干数あり、それは、基本的知識を十分に有していることを示すものとして、良い評価が与えられた。

この中で領域使用の管理責任原則は、領域国に相当の注意を払う義務を課していることを理解し、Y国は相当の注意を払っていたと論ずる答案が多数であった。具体的には、Y国政府が、甲社の工場からの排水に含まれ得る有害物質について、Y国の国内法に定める環境基準に照らし、十分な対策がとられていることを事前に確認していること、甲社は同環境基準に従って操業していたが、作業員により同環境基準に違反する操業が行われたという事実状況を踏まえ、これに相当の注意義務を当てはめて、Y国が相当の注意を払っていることも論証していた。このような答案は半分以下であった。

なお、設問の事例では、汚染させた行為は私人の行為であるが、私人の行為は、それ自体として国家の行為とはならない点を論じている答案が半数程度あった。この立論は正しいが、そのような答案のうち、さらに一步進んで領域使用の管理責任原則により、国家には、相当の注意を払って私人の行為が越境損害を発生させないように防止する義務があり、それに違反すれば国家の責任が発生するということまで論じているものは少数にとどまった。

設問2の趣旨は、領域国の基本的義務は何か、領域国は越境損害に対しいかなる国際法上の原則に基づいて責任を負うか、その原則が国家に課しているのはどの程度の義務かである。設問2は、国家責任法の一般的知識それ自体を問う問題ではない。しかしながら国家責任法の要件論を中心として一般的知識を記載するにとどまる答案もあった。設問1と同様に、設問の論点を理解しこれを中心として論ずることが望まれる。

設問3については、多くの答案は国際司法裁判所が暫定措置命令を指示する要件を論じていた。しかし、国際司法裁判所規程41条に挙げる要件をそのまま記載するにとどまる答案も少なからずあり、判例を通じて定まってきた要件を十分

に論ずる優秀な答案は、多くなかった。もっとも、自らが挙げる要件を、設問の事例の事実状況に当てはめて論ずるということは、多くの答案が行っていた。設問3は、操業停止を要請する根拠を問うものであり、暫定措置命令の要件の説明を一般的に求めているのではない。この設問の趣旨を理解できている答案は、予防原則に触れ、予防原則を根拠として、操業停止を要請できることを論じていた。ただし、このような答案は僅かであった。

全体としては、次の点を指摘しておきたい。設問に直接的に答えておらず、設問の趣旨を正確に理解しているかどうか疑問を感じさせる答案が少なからずあった。具体的には、設問が問う論点に直接的に答える構成をせず、設問1では、管轄権の根拠、設問2では国家責任の成立要件、設問3では、国際司法裁判所が暫定措置を指示する要件を一般的に論じている答案がしばしば見られた。設問の趣旨を正確に理解している答案であれば、それに従って導き出される論点に関する記述も、設問の事例への法理の当てはめも比較的よくできている。国際法の基礎知識の習得は前提として当然に要求されるが、その知識を有効に活用するためには、設問の趣旨が何かを把握し論点は何かを正確に理解する必要がある。そして、設問の趣旨に従い、これに直接的に答えるように答案を構成する能力が問われる。

「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である。

優秀：設問についての国際法の基礎知識を備えており、設問の趣旨を正確に理解し、設問の趣旨に従って論ずることが求められる論点を過不足なく見出して、これらを整序して論ずるとともに、法理を事例に当てはめながら論述を行い、適切な結論を導いている答案。例えば、設問1の前半では、立法管轄権の域外適用の問題であることを明確に認識し、米国裁判所の判例により採用された効果理論を十分に説明して、その上で、効果理論を適用してX国が反論し得ることを論じ、設問の事実関係を前提に効果理論の具体的な適用についての論証が行われている答案。

良好：設問についての国際法の基礎知識を備えており、設問の趣旨を正確に理解して主要な論点について解答しているが、優秀な答案に比べて、論点についての説明が不十分であったり、法理の事例への当てはめが十分に行われていなかったりする答案。例えば、設問1の前半では、立法管轄権の域外適用の問題として答案を構成し、効果理論も明記されているが、その内容の説明などが不十分な答案。設問2では、領域使用の管理責任原則や相当の注意義務は明記しており、その内容についても十分な説明がなされているが、これらを事例に当てはめて適用することが行われていないとか、行われていても不十分であり、説得力のある議論を導いているとはいえない答案。

一応の水準：国際法の基礎知識はあり、設問の趣旨も理解してはいるが、触れるべき論点に欠落があったり、触れるべき法理は論じられているがその事例への当てはめがないなどする答案。例えば、設問2では、領域使用の管理責任原則についての十分な説明がなく、私人の行為について国家が相当の注意を払っていれば国家は責任を負わないことを事例の事実から論証する答案や、逆に、領域使用の管理責任原則や相当の注意義務については説明があるが、これらを事例の事実

当てはめて適用して論証していない答案。

不良：設問の趣旨がそもそも理解できていない答案，あるいは，設問の趣旨が理解できていても，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記述が散見される答案。例えば，設問1前半では，立法管轄権の域外適用の問題であることが理解できていない答案，設問2では，越境損害を生じた場合の領域国の基本的義務が理解できていない答案，設問3では，暫定措置として差止請求をする根拠が問われていることに気付いていない答案。

4 法科大学院教育に求めるもの

採点して感じた今年の答案の傾向に一，二触れておきたい。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今年もまた強調しておきたい。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の数が，採点結果を見る限り，年々減少しているのではないかと危惧される。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だけでなく，基本的な国際法判例まで学習の範囲が及んでいないか，又は教科書を一通り読んではいるが，内容を整理して理解するまでに至っていないか，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。例えば，国連安保理の第7章に基づく決定の法的拘束力等は初歩的な知識の部類に入るが，これが試験では半数ぐらいしか書けていないというのが現状である。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今年も相当数あった。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うが，判読困難である答案が受験者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。時間配分に十分に注意してほしい。

平成27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））

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）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。

1 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。

「一応の水準」に達しているか否かは、他の法規範との関係をも含めて、明文の規定には表れていない法規範の趣旨を理解しているか否かであった。①と②の点の理解が曖昧と認められる答えは「一応の水準」にとどまり、それらの理解が明瞭に表現されている答えは「良好」又は「優秀」なものとなった。「良好」と「優秀」答案の差は、いわゆる論述力の差とともに、そのような理解を示すことができた設問の数によっている。

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大きな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本として、成績評価をした。

2 採点実感

(1) 第1問について

設問1は、夫婦財産制につき法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）第25条を準用する通則法第26条第1項のいわゆる変更主義の理解を問うている。多くの答案は、財産の帰属を決定する個々の法律行為の時点を連結基準としていた。他方で、国籍の変更が準拠法に影響することは理解していても、通則法第27条の「離婚時」前における国籍の変更のように、過去の法律行為についても現時点の連結基準により準拠法を決定するという意味で夫婦財産制の変更主義を捉える答案が少なからずあった。

小問(1)から(3)までにつき変更主義に従い準拠法を特定した後、準拠法の併存がもたらす精算の困難を理由に、最後の本国法たる日本法を適用する答案も正解とした。しかし、この理由付けのない答案は減点した。

多くの答案は、通則法第41条の規定の適用いかんにも留意していた。

設問2につき、多くの答案は、夫婦財産契約もまた通則法第26条第1項の夫婦財産制に包摂されることを示して、変更主義に従い準拠法を特定していた。しかし、同条第2項の問題として捉える答案が少なくなかった。なお、多数の答案は、夫婦財産契約という法律行為の方式につき通則法第34条を適用していなかった。

設問3は、夫婦による準拠法選択に関する問題であり、通則法第26条第2項の解釈・適用が問われている。同条第1項の変更主義の下では、財産の帰属等を当事者が見通し得ないおそれがあるため、限定的ではあるが準拠法の選択が夫婦に認められており、不動産については不動産所在地国の実質法の在り方も無視できないため、いわゆる分割指定も肯定されている。こういった同条第2項の趣旨全体をよく理解していた答案はそれほど多くはなかった。

小問(1)について、通則法第26条第2項第1号に従い夫婦が選択した法は、選択の後に取得された不動産(C土地)には適用されない、との理解を示す答案がかなりの数に上った。

小問(2)については、B土地が通則法第26条第2項第3号の「不動産」に該当するか否かを検討した答案は極めて少数であった。

(2) 第2問について

設問1は、任意代理のいわゆる内部関係と外部関係とを区別しながら、解釈により、各々の関係に適用される法を問うている。明文の規定がないだけに、論述の巧拙が際立った問題となった。

小問(1)につき、大多数の答案は、代理権が委任契約に基づき授与されているときには、当該委任契約につき通則法第7条が指定する法が内部関係に適用されることを示していた。

小問(2)では、本人、代理人及び相手方の予見可能性等に配慮しつつ、外部関係の準拠法を論述することが求められている。多数の答案は代理行為地法を準拠法として特定できていた。他方で、通則法第4条第2項の類推を認める答案等もあった。どのような見解に依拠するにせよ、本人、代理人及び相手方の予見可能性の観点から筋の通った論述を展開している限り、点数に差を設けてはいない。とはいえ、代理行為地を連結基準に求めると、論述が容易になったはずである。

設問2(1)アにつき、多くの答案は、正しく、民事訴訟法(以下「民訴法」という。)第3条の3第1号の「債務の履行地」を、当事者の予見可能性や証拠の所在を根拠として掲げて、日本国内にあるものとしていた。なお、同条第5号を根拠にする答案については、この規定の解釈論が十分に展開されていない現状に鑑み、一定の点数を与えている。

設問2(1)イについては、設問の管轄合意を甲国裁判所に専属的に管轄権を付与する合意と即断する答案が多くみられた。民訴法第3条の7の解釈論としての反公序性の可能性や民訴法第3条の8の応訴管轄の可能性もあると指摘する答案には、一定の点数が与えられている。

設問2(2)については、通則法第20条が規定する附従的連結の意味を十分に理解しているか否かによって、大きな差が出たように思われる。同条に言及しながら、契約債務の内容や侵害された法益が日本と関連しているとして、日本法よりも密接に関連する地はないとした答案が少なくなかった。また、通則法第17条の結果発生地という連結基準と不法行為の管轄原因とを混同し、連結基準としての不法行為地の根拠を同地における「証拠の所在」に求めているために、日本法を適用する答案がかなりあった。

3 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。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

明文の規定の適用が問われているときには，通則法第41条ただし書のような見過ごしやすい規定であっても，正答率は極めて高かった。その一方で，明文により表現されていない法規範の適用を問う問題については，正答率はかなりな程度に低くなっている。換言すれば，規定を言わばマニュアルのように考え，その忠実な当てはめだけに専念する答案が多くなっている。法規範の趣旨の理解を徹底させ，その上で解釈論を展開することが望まれる。

本年の試験に特徴的な現象として，答案の最終部分において（注を付して）前問に対する答えの一部を補充する答案がかなりの数に上ったことを付言しなければならない。そのことをもって減点することはしなかったが，答案の構成力の弱さを示すものであり，改善が望まれる。