

司法試験

採点実感分析ガイダンス

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



平成26年司法試験の採点実感等に関する意見（公法系科目第1問）

1 採点の基本方針等

本年の問題においても、事案を正確に読んでいるか、憲法上の問題を的確に発見しているか、その上で、関係する条文、判例、憲法上の基本的な理論を正確に理解しているか、さらに、実務家として必要とされる法的思考及び法的論述ができていくかということに重点を置いて採点した。

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

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

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

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

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

2 採点実感

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

(1) 問題の読み取りの不十分さについて

ア 条例の目的

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

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

イ 適用違憲（処分違憲）

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

ウ その他

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

(2) 原告—被告—あなた自身の見解という全体構成について

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

た。

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

(3) 制約される憲法上の権利について

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

(4) 条例の違憲性について

ア 規制目的等

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

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

イ 審査基準

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

ウ 平等違反

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

エ 具体的事実の検討

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

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

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

(5) 答案全体の印象について

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

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

(6) 答案の書き方等

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

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

3 答案の水準

以上の採点実感を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」という4つの答案の水準を示すと、以下のとおりである。

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

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

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

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

「不良」と認められる答案とは、憲法上の問題点を取り違えている答案や、全く観念的な理論構成で、事案の内容に即して行われるべき個別的・具体的検討も全く表面的な答案である。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

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

法科大学院では、実務法曹を養成するための教育がなされているわけであるが、その一つの核をなすのは判例である。学生に教えるに当たって、判例への「近づき方」が問われているように思われる。

判例の「内側」に入ろうとせずに「外在的な批判」に終始することも、他方で、判例をなぞったような解説に終始することも、適切ではないであろう。判例を尊重しつつ、「地に足を付けた」検討が必要であるように思われる。判例の正確な理解、事案との関係を踏まえた当該判例の射程範囲の確認、判例における問題点を考えさせる学習の一層の深化によって、学生の理解力と論理的思考力の養成がますます適切に行われることを願いたい。

平成26年司法試験の採点実感等に関する意見（公法系科目第2問）

1 出題の趣旨

別途公表している「出題の趣旨」を、参照いただきたい。

2 採点方針

採点に当たり重視していることは、問題文及び会議録中の指示に従って基本的な事実関係や関係法令の趣旨・構造を正確に分析・検討し、問いに対して的確に答えることができているか、基本的な判例や概念等の正確な理解に基づいて、相応の言及をすることのできる応用能力を有しているか、事案を解決するに当たっての論理的な思考過程を、端的に分かりやすく整理・構成し、本件の具体的事情を踏まえた多面的で説得力のある法律論を展開することができるか、という点である。決して知識の量に重点を置くものではない。

3 答案に求められる水準

(1) 設問1

採石認可の根拠法令の解釈、本件要綱の法的性質・効果、及びB県でC組合による跡地防災保証をAに対する採石認可の要件とすることの適法性について、それぞれを的確に説き、また、相互を論理的に關係付けて論じているかに応じて、優秀度ないし良好度を判定した。

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

(2) 設問2

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

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

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

(3) 設問3

非申請型（直接型）義務付け訴訟の訴訟要件が本件で満たされるかを、どれだけ具体的かつ的確に論じているかに応じて、優秀度ないし良好度を判定した。

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

4 採点実感

以下は、考査委員から寄せられた主要な意見をまとめたものである。

(1) 全体的印象

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

な文章構成能力自体に疑問を抱かざるを得ない答案が相当数あった。

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

(2) 設問 1

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

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

(3) 設問 2

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

(4) 設問 3

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

5 今後の法科大学院教育に求めるもの

基本的な判例や概念等を正確に理解する訓練を重ねることはもちろんであるが、

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

多くの答案からは、本問で論ずべき主な論点の内容自体について基本的な知識・理解を有していることがうかがわれ、この点、法科大学院教育の成果を認めることができた。しかしながら、各設問における具体的な論述内容を見ると、問題文等の指示から離れて一般論・抽象論の展開に終始している答案や、会議録から抜き書きした事実関係と一般論とを単純に組み合わせただけで直ちに結論を導くような、問題意識の乏しい答案が、相変わらず数多く見られた。また、本年度においては、行政法における基本的な概念の理解が不十分であると思われる答案も少なからず見られたが、これは、概念自体を学習していないというよりは、具体的な状況でこれらの概念をどのように用いるのかといった視点での学習が不十分であることに起因するよう思われた。法律実務家に求められるのは、法律解釈による規範の定立と、丁寧な事実の拾い出しによる当てはめを通じた、具体的事案の分析・解決の能力であり、こうした能力は、理論・法令・事実を適切に結び付ける基本的な作業を、普段から意識的に積み重ねることによって習得されるものである。法科大学院には、判例等具体的な事案の検討を通じて、基礎的な知識・理解を確認する学習機会を増やすなど、こうした実務的能力の習得につながる教育を求めたい。

平成26年司法試験の採点実感等に関する意見（民事系科目第1問）

1 出題の趣旨等

出題の趣旨及び狙いは、既に公表した出題の趣旨（「平成26年司法試験論文式試験問題出題趣旨【民事系科目】〔第1問〕」）のとおりである。

2 採点方針

採点は、従来と同様、受験者の能力を多面的に測ることを目標とした。

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

その際、単に知識を確認するにとどまらず、掘り下げた考察をしてそれを明確に表現する能力、論理的に一貫した考察を行う能力、及び具体的事実を注意深く分析し、法的な観点から適切に評価する能力を確かめることとした。これらを実現するために、1つの設問に複数の採点項目を設け、採点項目ごとに適切な考察が行われているかどうか、その考察がどの程度適切なものかに応じて点を与えることとしたことも、従来と異なる。

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、これらは各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。

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

(1) 設問1について

ア 設問1の全体的な採点実感

設問1は、賃貸借契約について賃料の不払を理由とする解除の意思表示がさ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

イ 答案の例

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

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

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

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

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

(2) 設問2について

ア 設問2の一般的な採点実感

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

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

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

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

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

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

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

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

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

イ 答案例

小問1については、上記のとおり、基本的な知識を問うものであり、民法第

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

小問2及び小問3については、上記のとおり、複数の流れが考えられる。

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

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

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

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

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

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

示していない答案は、不良な答案と評価した。

(3) 設問3について

ア 設問3の一般的な採点実感

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

しかし、その一方で、少し気になったのは、以下の点である。

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

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

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

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

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

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

イ 答案例

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

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

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

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

(4) 全体を通じ補足的に指摘しておくべき事項

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

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

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

4 法科大学院における学習において望まれる事項

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

そうした法的思考の枠組みの要となるのは、法規範とはどのようなものであり、

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

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

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

平成26年司法試験の採点実感等に関する意見（民事系科目第2問）

1 出題の趣旨

既に公表されている「平成26年司法試験論文式試験問題出題趣旨」に、特に補足すべき点はない。

2 採点方針及び採点実感

- (1) 民事系科目第2問は、商法分野からの出題である。これは、事実関係（登記事項証明書の記載を含む。）を読み、分析し、会社法上の論点を的確に抽出して各設問に答えるという、基本的な知識と、事例解析能力、論理的思考力、法解釈・適用能力等を試すものである。
- (2) 設問1（本件株式発行の効力とこれに関する法律関係）では、まず、Eについて、そもそも取締役としての株主総会の選任決議を欠き、代表取締役としての取締役会の選定決議も欠いており、本件株式発行は代表取締役でない者によってされたものであることを指摘する必要があるが、これを指摘した答案は多くはなかった。そして、甲社のような非公開会社では、募集株式の発行は、株主割当ての場合を除き、株主総会の特別決議による必要があるが（会社法第199条第2項、第202条、第309条第2項第5号）、このような基本的な事項の理解を欠く答案も少なからず見られた。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- (5) 以上のような採点実感に照らすと、「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」の四つの水準の答案は、次のようなものと考えられる。第一に、「優秀」な答案は、主要な論点をほぼ論ずることができていて（主要な論点の一つや二つが欠けている程度は、差し支えない。）、各問題につき、事実の当てはめを適切にした上で、相当な理由付けをして自らの考えを述べ、その考えに基づき論理的に整合性を持った法的議論を展開することのできている答案である。「良好」な答案は、主要な論点で論じられていないものが若干あるが、取り上げた論点については事実即してそれなりの論理的に整合性を持った法的議論がされている答案である。「一応の水準」の答案は、最低限押さえるべき論点、例えば、設問1であれば、新株発行不存在事由の存否が、問題文にある事実を適切に当てはめながら論じられていて、議論の筋がある程度通っている答案である。「不良」な答案は、そのような最低限押さえるべき論点も押さえられていない答案や、議論の筋の通っていない答案である。

3 法科大学院教育に求められるもの

非公開会社における募集株式発行の手続、新株発行の無効ないし不存在、表見代表取締役、不実の登記、多額の借財、代表権の濫用、株主代表訴訟の対象等についての規律は、会社法の基本的な規律であると考えられるが、これらについての理解に不十分な面が見られる。会社法の基本的な知識の確実な習得とともに、事実を当てはめる力と論理的思考力を養う教育が求められる。

平成26年司法試験の採点実感等に関する意見（民事系科目第3問）

1 出題の趣旨等

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

民事訴訟法分野では、従来と同様、受験者が、①民事訴訟法の基本的な原理・原則や概念を正しく理解し、基礎的な知識を習得しているか、②それらを前提として、問題文をよく読み、設問で問われていることを的確に把握し、それに正面から答えているか、③抽象論に終始せず、設問の事例に即して具体的に、かつ、掘り下げた考察をしているか、といった点を評価することを狙いとしており、このことは今年も同様である。

2 採点方針

答案の採点に当たっては、上記①から③までの観点を重視するものとしたことも、従来と同様である。上記②と関連するが、問題文において問われていることに正面から答えていなければ、点を与えてはいない。題意を十分に理解せず、自らが知っている論点について長々と記述する答案、自らが採用する結論とは直結しない論点について広く浅く書き連ねる答案が相当数存在したが、これらの答案は、問われていることに答えていないものとして評価するなど、厳しい姿勢で採点に臨んでいる。問われていることに正面から答えるためには、論点ごとにあらかじめ丸暗記した画一的な表現をそのまま答案に再現するのではなく、設問を検討した結果をきちんと順序立てて自分の言葉で表現しようとする姿勢が極めて大切であり、採点に当たっては、受験者がそのような意識を持っていると言えるかどうかについても留意している。

3 採点実感等

(1) 全体を通じて

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

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

(2) 設問1について

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

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

(3) 設問2について

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

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

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

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

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

(4) 設問3について

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

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

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

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

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

(5) まとめ

以上のような採点実感に照らすと、「優秀」、「良好」、「一応の水準」、「不良」の四つの水準の答案は、おおむね次のようなものとなると考えられる。「優秀」な答案は、問われていることを的確に把握し、各設問の事例との関係で結論に至る過程を具体的に説明できている答案である。また、このレベルには足りないが、問われている論点についての把握はできており、ただ、説明の具体性や論理の積み重ねにやや不十分な部分があるという答案は「良好」と評価することができる。これに対して、最低限押さえるべき論点、例えば、訴訟上の和解に表見法理の適用を否定する論拠としての取引行為と訴訟行為との区別、訴訟経済の不安定といった議論への評価（設問1）、訴訟上の和解に係る和解権限の範囲についての考え方（設問2）、人身損害の特殊性に着目した①又は（及び）②の構成による訴訟上の和解の既判力の修正（設問3）が、自分の言葉で論じられている答案は、「一応の水準」にあると評価することができるが、そのような論述ができていない、又はそのような姿勢すら示されていない答案については「不良」と評価せざ

るを得ない。

4 法科大学院に求めるもの

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

5 その他

毎年繰り返しているところではあるが、極端に小さな字（各行の幅の半分にも満たないサイズの字では小さすぎる。）、文字色が薄い字、潰れた字や書き殴った字の答案が相変わらず少なくない。司法試験はもとより字の巧拙を問うものではないが、心当たりのある受験者は、相応の心掛けをしてほしい。また、「けだし」、「思うに」など、一般に使われていない用語を用いる答案も散見されたところであり、改めて改善を求めたい。

平成26年司法試験の採点実感等に関する意見（刑事系科目第1問）

1 出題の趣旨について

既に公表した出題の趣旨のとおりである。

2 採点の基本方針等

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

すなわち、本問は、乳児Aの母親である甲が、Aを殺害するためAに対する授乳等をやめたところ、甲と同棲中の丙が、これを見て見ぬふりをするなどし、その後、甲とは別居中である甲の夫乙が、甲丙の留守中にAを連れ出し、Aと共にタクシーの運転手による事故に遭ったが、Aのみ死亡したという具体的事例について、甲乙丙それぞれの罪責を問うものであるところ、これらの事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な範囲で法解釈論を展開し、事実を具体的に摘示しつつ法規範への当てはめを行って妥当な結論を導くこと、さらには、甲乙丙それぞれの罪責についての結論を導く法的思考過程が相互に論理性を保ったものであることが求められる。

甲乙丙それぞれの罪責を検討するに当たっては、甲乙丙それぞれの行為や侵害された法益等に着目した上で、どのような犯罪の成否が問題となるのかを判断し、各犯罪の構成要件要素を一つ一つ吟味し、これに問題文に現れている事実を丁寧に拾い出して当てはめ、犯罪の成否を検討することになる。ただし、論じるべき点が多岐にわたることから、事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とはいえない事項については、簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫することも必要である。

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

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

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

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

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

その他、甲について中止未遂罪の成否、丙について片面的幫助犯の肯否、各犯罪の故意、罪数等、本問で論じるべき問題点は、多岐にわたるが、いずれも、刑法解釈上、基本的かつ重要な問題点であり、これらに対する理解と刑法総論・各論の基本的理解に基づき、事実関係を整理して考えれば、一定の妥当な結論を導き出すことができると思われ、実際にも、相当数の答案が一定の水準に達していた。

3 採点実感等

各考査委員から寄せられた意見や感想をまとめると、以下のとおりである。

(1) 全体について

多くの答案は、甲乙丙それぞれについて前記各論点を論じており、本問の出題趣旨や大きな枠組みは理解していることがうかがわれた。

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

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

(2) 甲の罪責について

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

イ 作為義務に触れていない答案

ウ どの行為を実行行為としているのか判然としない答案

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

オ 因果関係の有無を検討する前に、中止未遂罪の成否を検討している答案

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

(3) 丙の罪責について

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

(4) 乙の罪責について

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

(5) その他

これまでにも指摘してきたことでもあるが、少数ながら、字が乱雑なために判読するのが著しく困難な答案が見られた。時間の余裕がないことは理解できるところであるが、達筆である必要はないものの、採点者に読まれることを意識し、なるべく読みやすい字で丁寧に答案を書くことが望まれる。

(6) 答案の水準

以上の採点実感を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」という四つの答案の水準を示すと、以下のとおりである。

「優秀」と認められる答案とは、本問の事案を的確に分析した上で、本問の出題の趣旨や上記採点の基本方針に示された主要な問題点について検討を加え、成否が問題となる犯罪の構成要件要素等について正確に理解するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、事実を具体的に摘示して当てはめを行い、甲乙丙の刑事責任について妥当な結論を導いている答案である。特に、摘示した具体的事実の持つ意味を論じつつ当てはめを行っている答案は高い評価を受けた。

「良好」な水準に達している答案とは、本問の出題の趣旨及び上記採点の基本方針に示された主要な問題点は理解できており、甲乙丙の刑事責任について妥当な結論を導くことができているものの、一部の問題点についての論述を欠くもの、主要な問題点の検討において、構成要件要素の理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められたもの等である。

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

「不良」と認められる答案とは、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本的概念の理解が不十分であるために、本問の出題の趣旨及び上記採点の基本方針に示された主要な問題点を理解していないもの、事案の解決に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、問題点には気付いているものの結論が著しく妥当でないもの等である。

4 今後の法科大学院教育に求めるもの

刑法の学習においては、総論の理論体系、例えば、実行行為、結果、因果関係、故意等の体系上の位置付けや相互の関係を十分に理解した上、これらを意識しつつ、各論に関する知識を修得することが必要であり、答案を書く際には、常に、論じようとしている問題点が体系上どこに位置付けられるのかを意識しつつ、検討の順序にも十分に注意して論理的に論述することが必要である。

また、繰り返し指摘しているところであるが、判例学習の際には、単に結論のみを覚えるのではなく、当該判例の具体的事案の内容や結論に至る理論構成等を意識することが必要であり、当該判例が挙げた規範や考慮要素が刑法の体系上どこに位置付けられ、他のどのような事案や場面に当てはまるのかなどについてイメージを持つことが必要と思われる。

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

平成26年司法試験の採点実感等に関する意見（刑事系科目第2問）

1 採点方針等

本年の問題も、昨年までと同様、比較的長文の事例を設定し、そこに現れた捜査及び公訴提起に関連して生じる刑事手続法上の問題点について、それを的確に把握し、その法的解決に重要な具体的事実を抽出・分析した上で、これに的確な法解釈を経て導かれた法準則を適用して一定の結論を導き、その過程を筋道立てて説得的に論述することを求めており、法律実務家になるための学識・法解釈適用能力・論理的思考力・論述能力等を試すものである。

出題の趣旨は、公表されているとおりである。

〔設問1〕1は、殺人及び窃盗事件に関し、司法警察員Pが被疑者甲をその住居から警察署まで任意同行して取り調べた後、同人を同警察署付近のホテルに宿泊させ、その翌日に行った「①甲の取調べ」、その後、同人を引き続き同ホテルに宿泊させ、その翌日に行った「②甲の取調べ」について、それぞれの適法性を問うものである。刑事訴訟法第198条に基づく任意捜査の一環としての被疑者取調べがいかなる限度で許されるかについて、その法的判断枠組みを明確に示した上で、宿泊を伴う本事例の取調べに現れた具体的事実がその判断枠組みの適用上いかなる意味を持つのかを意識しつつ、各取調べの適法性を論じることを求めている。

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

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

採点に当たっては、このような出題の趣旨に沿った論述が的確になされているかに留意した。

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

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

2 採点実感

各考査委員からの意見を踏まえた感想を述べる。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 答案の評価

「優秀の水準」にあると認められる答案とは、〔設問1〕については、各取調べの適法性について、事例中の法的問題を明確に意識し、問題点ごとに制度趣旨と基本的な判例の正確な理解を踏まえた的確な法解釈論を展開した上で、個々の事例中に現れた具体的事実を適切に抽出、分析しながら論じられた答案であり、〔設問2〕については、公訴事実中の各事実の訴因変更について、訴因変更の要否及び可否に関する基本的な判例で示された基準を正確に理解した上で、判例で扱われた問題と本事例との違いにも留意しつつ、検察官による訴因変更の要否及び可否について論じることができた答案であるが、このように、出題の趣旨に沿った十分な論述がな

されている答案は僅かであった。

「良好の水準」に達していると認められる答案とは、〔設問1〕については、法解釈について想定される全ての問題点に関し一定の見解を示した上で、事例から具体的事実を一応抽出できてはいたが、更に踏み込んで個々の事実が持つ意味を十分考えて分析・整理することには不十分さが残るような答案であり、〔設問2〕については、判例を踏まえた論述がされているものの、本事例の特徴、すなわち、検察官の立証方針の変更によるその主張・立証前の段階での訴因変更の問題であることを踏まえた検討がやや不十分であるような答案である。

「一応の水準」に達していると認められる答案とは、〔設問1〕については、法解釈について一応の見解は示されているものの、具体的事実の抽出や当てはめが不十分であるか、法解釈について十分に論じられていないものの、事例中から必要な具体的事実を抽出して一応の結論を導き出すことができている答案であり、〔設問2〕については、訴因変更の要否及び可否について一応の論述がなされているものの、本事例が、証拠調べを行う前の段階であることを無視し、事案に即した検討ができていないような答案である。

「不良の水準」とどまると認められる答案とは、上記の水準に及ばない不良なものをいう。例えば、刑事訴訟法上の基本的な原則の意味を理解することなく機械的に暗記し、これを断片的に記述しているだけの答案や、関係条文・法原則を踏まえた法解釈を論述・展開することなく、単なる印象によって結論を導くかのような答案等、法律学に関する基本的学識と能力の欠如が露呈しているものである。例を挙げれば、〔設問1〕では、「③甲の取調べ」につき、被告人が勾留されていることを理由に取調べ受忍義務があるとして取調べを適法とするような答案、〔設問2〕では、第2事実について、理由を示すことなく公訴事実の同一性を否定して訴因変更はできないとするような答案がこれに当たる。

4 法科大学院教育に求めるもの

このような結果を踏まえると、今後の法科大学院教育においては、従前の採点実感においても指摘されてきたとおり、刑事手続を構成する各制度の趣旨・目的を基本から深くかつ正確に理解すること、重要かつ基本的な判例法理を、その射程距離を含めて正確に理解すること、これらの制度や判例法理を具体的事例に当てはめ適用できる能力を身に付けること、論理的で筋道立った分かりやすい文章を記述する能力を培うことが強く要請される。特に、法適用に関しては、生の事例に含まれた個々の事情あるいはその複合が法規範の適用においてどのような意味を持つのかを意識的に分析・検討し、それに従って事実関係を整理できる能力の涵養が求められる。また、実務教育との有機的連携の下、通常の見査・公判の過程を俯瞰し、刑事手続上の基本原則や制度がその過程の中のどのような局面で働くのか、各局面ごとに各当事者は何を行わなければならないのか、それがどのように積み重なって手続が進むのか等、刑事手続を動態として理解しておくことの重要性を強調しておきたい。

れっく **LEC** 東京リーガルマインド